

DECAIMIENTO O PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - No es causal de nulidad / CAUSALES DE NULIDAD - No la constituye el decaimiento / DECAIMIENTO - No se configura al ser revocado fallo que decretó nulidad de resolución

El decaimiento o pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo no constituye causal de nulidad del mismo. Es decir, un acto administrativo no es nulo porque decayó al haber desaparecido del mundo jurídico, en virtud de sentencia judicial, el acto que le sirvió de soporte, sino porque él incurrió en los mismos vicios de éste o en otros similares, que lo hacen ilegal o inconstitucional. Por lo demás, en este caso no operó dicho fenómeno en relación con la Resolución núm. 013 de 1998, expedida por la Contraloría Distrital de Bogotá, que sirvió de apoyo a esta entidad para sancionar al actor, pues si bien es cierto que la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la sentencia de 15 de junio de 2000 declaró la nulidad de dicha Resolución, no lo es menos que esta Corporación mediante sentencia de 21 de noviembre de 2003, (Expedientes acumulados núms. 6504, 6734 y 6801, Actores: Emgesa y otra, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), revocó tal proveído y, en su lugar, denegó las pretensiones de las demandas.

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Procede en las que el patrimonio esté integrado con recursos públicos / CONTRALORIAS TERRITORIALES - Control fiscal sobre empresas de servicios públicos

En lo tocante al argumento del recurrente, referente a que CODENSA no maneja o administra bienes o fondos públicos, como quiera que esta Corporación en la precitada sentencia de 21 de noviembre dedicó un capítulo especial al control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y la situación jurídica de sus bienes, la Sala se remite a lo allí expresado, para reiterarlo. El artículo 14 ídem clasificó las ESP como oficiales, mixtas y privadas, según el porcentaje que en su capital posean la Nación o las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o de éstas. Esta norma es de carácter especial para las ESP en cuyo capital exista participación estatal, y las califica como «*privadas*» cuando la participación sea inferior al 50%, o «*mixtas*», si supera este porcentaje. Según se aduce en la contestación de la demanda por la Contraloría Distrital, aspecto que no ha sido desvirtuado, la Empresa de Energía de Bogotá, que inicialmente fue establecimiento público y luego empresa industrial y comercial del orden territorial, tiene el 51%, en las acciones de EMGESA. Siendo ello así, el patrimonio de ésta sí está conformado por recursos públicos, de ahí que pueda ser sujeto de control fiscal...". De igual manera, es oportuno resaltar que la Sala en sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente núm. 6508) actora: Contraloría Distrital de Bogotá, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), concluyó lo siguiente acerca de si tal entidad podía o no ejercer control fiscal a CODENSA: "...las empresas de servicios públicos están sometidas a la vigilancia de la respectiva Contraloría... es la propia Constitución (artículo 267) la que dispone que el control fiscal es una función pública que ejercen las Contralorías, respecto de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que es de carácter posterior y selectivo y que incluye el ejercicio de un control financiero..." "... la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispone que 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, y que a tales bienes y a los actos o contratos que versen en

forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría respectiva...”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, treinta (30) de enero de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00426-01(7397)

Actor: ANDRES REGUE GODALL

Demandado: CONTRALORÍA DE BOGOTA

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 21 de junio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de 21 de junio de 2001, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. ANDRES REGUÉ GODALL, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª: Que son nulos los siguientes actos: Resolución núm. 2207 de 28 de octubre de 1998, " **por medio de la cual se sancionó al Gerente General de la firma**

Codensa S.A. ESP con una multa"; Auto 211 de 14 de diciembre de 1998 "**por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición...**"; expedidos por el Jefe de la Unidad de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría de Santa Fe de Bogotá D.C.; Resolución núm. 00279 de 29 de enero de 1999, "**por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación ...**", expedida por el Contralor de Santa Fe de Bogotá D.C.

2ª: Que como consecuencia de la declaratoria anterior se restablezca su derecho, ordenando la devolución del monto total cancelado a la Tesorería de Santa Fe de Bogotá D.C, debidamente corregido y actualizado, junto con los intereses corrientes a la máxima tasa legal permitida, causados desde la fecha de pago hasta que se ordene la restitución.

I.2- En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Estima que se violaron por indebida aplicación los artículos 268, numeral 5 de la Constitución Política; 101 de la Ley 42 de 1993; 5o y 6o de la Resolución núm. 029 de 1995 del Contralor de Santa Fe de Bogotá D.C; y por falta de aplicación los artículos 123 y 29 de la Constitución Política; y 19 de la Ley 142 de 1994.

En su opinión, del texto del artículo 268, numeral 5, de la Carta Política se deduce que el requisito sine qua non para la imposición de una multa debe ser la responsabilidad que devenga de la gestión fiscal del sancionado.

Que dicha norma constitucional debe estudiarse en forma armónica con los artículos 101 de la Ley 42 de 1993 y 5º de la Resolución 029 de 1995 expedida

por el Contralor de Bogotá, conforme a los cuales las multas se imponen a los servidores públicos y a los **particulares que manejen fondos o bienes del Estado.**

Considera que como en este caso la sanción pecuniaria impuesta no fue producto de la responsabilidad derivada de la gestión fiscal, la Contraloría carecía de competencia.

Destaca que los actos acusados dejan en claro que la multa **no** fue impuesta como resultado de la vigilancia fiscal a cargo de la Contraloría de Bogotá, sino por el incumplimiento de una obligación legal de entregar información (artículo 76 de la Ley 42 de 1993). De ahí que la multa impuesta resulte inconstitucional e ilegal por indebida aplicación de las normas en que se sustentó, además de que el sancionado no es servidor público ni maneja fondos o bienes públicos.

Puntualiza que en el caso sub lite se fijó una multa exorbitante de \$20.000.000.00, sin que la Contraloría se hubiera molestado en indagar cuánto devengada el sancionado, lo que constituye una negligencia, pues ese era su deber; y que por tal razón se desconocieron los artículos 101 de la Ley 42 de 1993, 5o de la Resolución 029 de 1995 y 29 de la Constitución Política.

Alega que la conducta sancionada es inexistente, ya que se le endilga haber "entorpecido o impedido el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a la Contraloría y el no haber dado respuesta a los oficios enviados por ésta solicitando información", información ésta relacionada con cuál fue la última revisión mecánica que se le hizo al vehículo automotor objeto de la investigación y cómo quedó dicho automotor; enviar el récord mecánico histórico del carro y del

inventario individual con que fue entregado, así como si había sido reparado y porqué, quién lo había hecho y el costo y si los valores fueron cargados a la cuenta de responsabilidad pendiente de pago del funcionario Daniel León Parada por daños al vehículo de placas OAJ-070, siendo que CODENSA no pudo atender el requerimiento elevado, pues el vehículo de placas OAJ-070 o OSJ-070 jamás hizo parte de los activos de propiedad de ésta, y los hechos que dieron lugar a los requerimientos de información por parte de la Contraloría de Bogotá D.C., ocurrieron con anterioridad a la constitución de CODENSA. Además, por ser empresa privada esta última no maneja cuenta de responsabilidades, en los términos de dicha Contraloría y no tiene acceso a los registros de la EEB, sino solamente en la medida en que hagan relación a los activos de distribución y comercialización aportados al capital de CODENSA.

Considera que la información debió ser solicitada a la EEB y al referirse a activos que nunca hicieron parte del patrimonio de CODENSA, ésta estaba en imposibilidad de suministrarla, por lo que no podía ser sancionada por tal circunstancia.

Aduce que los actos impugnados omitieron dar aplicación a los artículos 36 del C.C.A. y 7o de la Resolución 029 de 1995, ya que en caso de aceptarse la existencia de una facultad sancionadora debe dejarse claro que ésta debe sujetarse a los lineamientos de la Constitución y la Ley.

Advierte que el límite de las facultades discrecionales de la administración se encuentra consagrado en el artículo 36 del C.C.A. y en este caso se dejaron de aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al pasar por alto los criterios de graduación de las multas.

I.3- La **Contraloría de Bogotá**, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones y expresó al efecto, principalmente, lo siguiente:

Que la Constitución Política en materia de servicios públicos, por primera vez en la historia nacional, reconoció en su artículo 365 a los particulares la posibilidad de prestarlos directamente o de participar en empresas con capital estatal que se dedicaran a la realización de esta clase de actividades.

Señala que en desarrollo de tal disposición se expidió la Ley 142 de 11 de julio de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictaron otras disposiciones.

Expresa que en tratándose de la Empresa de Energía de Bogotá, el Concejo Distrital mediante Acuerdo núm. 01 de 23 de diciembre de 1995 autorizó su transformación de establecimiento público del orden distrital a Sociedad por acciones y en el inciso 2º del Acuerdo se señaló que:

"La sociedad transformada podrá tener la participación de capital privado, máximo en un 49% de las acciones, el cual podrá ser suscrito y pagado en el momento de su transformación o con posterioridad, caso en el cual tendrá el carácter de **Sociedad de Economía Mixta**".

Indica que en la escritura consta que la denominación dada a la Sociedad es: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. - EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- EEB. (E.S.P). Y se determinó en forma provisional que el aporte del Distrito ascendía a la suma de \$1.685.809'000.000.00.

Destaca que la empresa fue transformada en sociedad por acciones y que según lo dispuesto por la Ley 142 de 1993 esta clase de entidades se rige por el derecho privado en lo no regulado por ella.

Anota que en vista de un concepto que se solicitó al abogado Guillermo Chahín Lizcano la Empresa de Energía de Bogotá elaboró el texto titulado "El Marco Jurídico del Sector Eléctrico", en el cual se estableció que: "...las funciones de vigilancia que antes eran ejercidas por las Contralorías, desaparecen dentro de este nuevo concepto de Empresas de servicios Públicos...", e igualmente se dijo que eran necesarias la auditoría externa de gestión de resultados contratada con personas privadas especializadas, quienes deberán reportar las evaluaciones de manejo y viabilidad financiera de la empresa directamente a la Superintendencia de Servicios Públicos; y que como persona jurídica la Empresa no hace parte de la administración pública, sino que es una sociedad comercial, autónoma e independiente de ella.

Comenta que el 9 de mayo, la gerencia de la empresa sostuvo que los fondos aportados por las entidades públicas no tienen el carácter de fondos públicos, que conforman el patrimonio social y sirven exclusivamente a unos objetivos y fines señalados en los estatutos. Y esa Sociedad en su control de gestión, conforme al artículo 51 de la Ley 142 de 1994, es vigilada por una auditoría externa de gestión y resultados.

Aduce que EMGESA S.A. -E.S.P- y CODENSA asumieron la misma actitud de la casa matriz y se negaron en forma rotunda a ser objeto del control fiscal, razón por la cual a partir de la fecha de constitución de las nuevas empresas, la Contraloría no pudo ejercer el control fiscal asignado constitucionalmente.

Anota que la Contraloría de Bogotá dictó la Resolución núm. 013 de 1998 "por la cual se expide 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" y obligó a las empresas a suministrar la información requerida; y que tanto EMGESA como CODENSA continuaron negándose a suministrar la información solicitada, por lo que el Contralor impuso las sanciones correspondientes y promovió las acciones de cumplimiento respectivas, que fueron del conocimiento del Consejo de Estado, el cual concluyó que las empresas mencionadas sí manejan recursos públicos y, por lo tanto, no solo es procedente sino también obligatorio el ejercicio del control fiscal respecto de ellas.

Enfatiza que solo después de la ejecutoria de los fallos del Consejo de Estado, se pudo tener conocimiento del verdadero funcionamiento de éstas empresas, motivo por el cual para la época de los hechos no era claro a cargo de cuál de ellas se encontraba el vehículo que motivó el proceso de responsabilidad fiscal.

Considera que sí se entorpeció el ejercicio del control fiscal en el ámbito del proceso de rendición de cuentas y la realización de las auditorías que debían practicarse.

Destaca que doctrinalmente se ha considerado que la gestión fiscal adelantada con los recursos y bienes públicos debe ser supervisada para garantizar su correcto manejo y empleo, así como la efectividad de los distintos procesos y actuaciones realizadas por el Estado; que se puede contar para dicho control con el sistema de control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, de revisión de cuentas, de evaluación del sistema de control interno, etc.

Expone que en sentencia ACU-615 de 1999 el Consejo de Estado expresó que 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.

Manifiesta que de conformidad con el artículo 4o de la Ley 42 de 1993 el control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las Departamentales, y las Municipales. Además, a través del Decreto 1421 de 1993, en su artículo 105, se establece que: "la vigilancia de la gestión fiscal del Distrito y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo, corresponde a la Contraloría Distrital".

Hace mención de los artículos 268, 272 y 267 de la Constitución Política para reafirmar sus argumentos. De igual manera expresa que los artículos 99 y 101 de la Ley 42 de 1993 reconocen la facultad sancionatoria de los contralores.

Resalta que únicamente la empresa de Energía de Bogotá CODENSA y EMGESA eran quienes conocían exactamente como habían quedado los activos de la EEB, pues los aportes hechos se hicieron en especie y si esta información no era de conocimiento de la Contraloría de Bogotá, mal podía el actor abstenerse de informar sobre algo que sí conocía.

Enfatiza que Andrés Regué Godall no solo estaba obligado a suministrar la información que tenía respecto del manejo y bienes públicos que estaban a su cargo, sino, adicionalmente, colaborar con las autoridades públicas en su misión de adelantar acciones para recuperar los valores perdidos por el Estado por una ineficiente gestión de los responsables del erario.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo denegó las pretensiones de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Consideró que era menester precisar la naturaleza jurídica de CODENSA y la clase de servicios que presta a la comunidad, a efecto de determinar si la Contraloría Distrital tenía capacidad y competencia para imponer sanciones por el no suministro de la información requerida al actor en su calidad de gerente de la citada entidad.

Para dilucidar tal aspecto, acudió a la sentencia proferida el 10 de marzo de 1999 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del expediente núm. ACU-615, en la cual se sostuvo que:

“Por escritura pública núm. 4610 de 23 de octubre de 1997 de la Notaria 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 la Ley 42 de 1994”, de cuyo capital la sociedad por acciones denominada Empresa de Energía de Bogotá 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...

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.

(...)

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).

(...)

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...

Manifiesta que tal como lo señala la sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995, de la Corte constitucional, el control fiscal constituye una actividad de vocación pública que busca asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado, como son las Contralorías.

Destaca que la función pública del control fiscal consiste en vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos públicos o bienes de la nación, conforme lo señalan los artículos 267, incisos 1º y 4º y 268 de la Carta Política; que el control se ejerce en los distintos niveles de la administración e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o fondos públicos.

Resalta el contenido del artículo 2º de la Ley 42 de 1993 y concluye que no obstante que el demandante, gerente de Codensa, no es servidor público, sí maneja bienes o fondos públicos de la empresa y por tanto la Contraloría de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 268, numeral 5, 272, numeral 6, de la Constitución Política; 4º de la Ley 42 de 1993 y 105 del Decreto 1421 de 1993 tiene facultad y plena competencia para ejercer la vigilancia y el control fiscal en relación con la gestión fiscal de Codensa, y precisamente en ejercicio de dicho control fiscal la Unidad de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría dio apertura a la investigación fiscal 121 de 28 de abril de 1998, expediente 15498 y se solicitó al Jefe de Transporte Casa Matriz de Codensa, mediante Oficio núm. 0335-18485, que informara el estado mecánico actual y anterior al accidente, del vehículo OSJ-070 E 1820; cuál fue su última revisión mecánica; qué se encontró; qué se reparó y cómo quedó el automotor. Así mismo, se pidió que enviara el record mecánico histórico del carro y del inventario individual con que se entregó al ciudadano Jorge Eliécer Daniels Guzmán y se le informara si el vehículo se había reparado o no y porqué, quién lo había hecho y cuál había sido su costo.

Hace hincapié en que el demandante contestó dicho oficio sin dar respuesta alguna al informe solicitado, pues lo que hizo fue negarse rotundamente a hacerlo, cuestionando la competencia de la Contraloría para solicitar la información reclamada.

Relata que la Contraloría insistió en que se le enviara la información requerida en 3 oportunidades, el 3 de junio, 17 de junio y 21 de agosto de 1998, pero el actor dio la misma respuesta.

Comenta que, posteriormente, el 16 de septiembre de 1998, mediante Oficio 0214-37094 la Contraloría formuló requerimiento de explicaciones a Andres Regue, en su calidad de Gerente, por no dar respuesta a los oficios enviados, pero éste mantuvo su posición de no suministrar la información y siempre dio la misma respuesta.

Trae a colación la sentencia C-484 de la Corte Constitucional, ponente Alejandro Martinez Caballero, sobre el tema de la facultad impositiva sancionatoria por parte de la Contraloría.

Alude a que la Contraloría no sancionó al demandante con multa de \$20.000.000, por encontrarlo en su condición de Gerente General de CODENSA S.A. como sujeto responsable de un proceso fiscal por el detrimento, pérdida o deterioro sufridos por el erario público, sino que aplicando debidamente el artículo 268-5 de la C.N y más exactamente el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 y los artículos 5o y 6o de la Resolución 029 de 1995, le impuso una multa de carácter sancionatorio, por negarse sistemáticamente a rendir los informes exigidos por el citado ente.

Considera que el proceder de la Contraloría no fue caprichoso ni ilegal, por el contrario Codensa S.A. estuvo siempre renuente a colaborar con la autoridad y por ello la conducta ameritó la sanción de una multa de tipo correccional.

Respecto a la violación del artículo 29 de la Constitución Política, observa que el artículo 5o de la Resolución 029 de 1995 de la Contraloría de Bogotá D.C., define la multa como la sanción pecuniaria para servidores públicos y particulares que manejen fondos del distrito, que se tasa hasta 5 veces la remuneración u honorarios mensuales devengados por el sancionado al momento de incurrir en la

falta; que el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 manifiesta que tal sanción se le puede aplicar a quienes no suministren la información solicitada por esa entidad de vigilancia o de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las Contralorías.

Con respecto a cuál era el salario devengado por el actor, estima que le correspondía al mismo sancionado la carga de la prueba en el transcurso del proceso y en la vía gubernativa y que, sin embargo, no lo hizo, por lo que no puede pretender alegar en su favor su propia culpa.

En relación con la afirmación que hace el actor acerca de que frente al vehículo en cuestión no se supo a ciencia cierta cuál era su placa, destaca que cuando se le solicitó al demandante mediante oficio que diera explicaciones del porqué de su renuencia a dar la información requerida, no lo hizo, y solo después de haber sido sancionado adujo que el vehículo objeto de la investigación nunca hizo parte de los activos de Codensa. Se pregunta entonces el a quo que si tal afirmación fuera cierta porqué no la alegó al responder los oficios que le fueron enviados y porqué no la probó en la vía gubernativa a través de prueba documental idónea. De tal forma que lo que hizo el actor fue no facilitar el ejercicio de la vigilancia a la Contraloría ni evitarle un innecesario desgaste procesal y con ello obstaculizar el desarrollo del control fiscal.

Concluye que con la expedición de los actos acusados la Contraloría no infringió en momento alguno, por indebida aplicación ni falta de aplicación, las normas aducidas en la demanda.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la demandante finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Señala que CODENSA no ha cuestionado que existe control fiscal para las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues ello es incontrovertible, sino que ha puesto en tela de juicio la facultad del Contralor de Bogotá para expedir normas de competencia privativa del legislador y establecer reglamentaciones cuya expedición corresponde al Contralor General de la República, que es precisamente lo que contiene la Resolución 013 que fue la que sirvió de apoyo para sancionar.

Anota que la presunción de legalidad que cobijaba a la Resolución 013 de 1998, a que aludió el Contralor al contestar la demanda fue desvirtuada por el Tribunal pues en sentencia de 15 de junio de 2000 fue declarada nula por ser violatoria de la ley.

Estima que dicho pronunciamiento judicial es congruente con la Jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 19 de febrero de 1998) que determinó que la competencia del Contralor de Bogotá es residual.

Considera que los actos acusados decayeron al haberse anulado por el Tribunal la Resolución 013.

También controvierte el hecho de que la sentencia se hubiera apoyado en la sentencia dictada en el expediente ACU-615 de 1999, pues lo allí decidido no tiene conexión con la legalidad de los actos acusados en este proceso.

Agrega que no es cierto que CODENSA maneje o administre bienes o fondos públicos pues, de acuerdo con el texto del artículo 98 del C.de Co., una vez constituida legalmente una sociedad, **forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente** considerados, luego, efectuado un aporte, en dinero efectivo o en especie, tales bienes dejan de pertenecer a los aportantes para ser propiedad de la persona jurídica que nace, una vez constituida la sociedad; que, en otras palabras, el principal efecto externo que produce el contrato de sociedad es la personalidad jurídica que tiene la sociedad y que deriva de la ley que reconoce tal fuerza creadora al acto jurídico.

Que de la personalidad jurídica de la sociedad se derivan varias consecuencias, a saber: capacidad de goce, domicilio, nombre, nacionalidad y patrimonio propio distinto del de los socios individualmente considerados.

IV.-ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos acusados sancionaron al actor, en su calidad de gerente general de CODENSA S.A. ESP, con multa de \$20'000.000.oo por cuanto no dio respuesta a una información que le fue solicitada.

Los cargos de la demanda estuvieron referidos: a la falta de competencia de la Contraloría para sancionar al actor, quien alega no ser servidor público ni que maneja fondos públicos, pues CODENSA es una empresa privada que no está sujeta a la vigilancia de dicha entidad; a la inexistencia de la conducta sancionada y a controvertir el monto de la multa impuesta, cargos estos que fueron desechados por el Tribunal.

El recurrente plantea como motivos de inconformidad con la sentencia de primer grado: el decaimiento de los actos acusados, como consecuencia de la declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 15 de junio de 2000, de la Resolución núm. 013 de 1998; el hecho de que la sentencia de primer grado se hubiera apoyado en la sentencia dictada por esta Corporación dentro del expediente ACU-615 de 1999; y que CODENSA no administra fondos públicos.

En relación con la primera censura, la Sala precisa lo siguiente:

El decaimiento o pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo no constituye causal de nulidad del mismo. Es decir, un acto administrativo no es nulo porque decayó al haber desaparecido del mundo jurídico, en virtud de sentencia judicial, el acto que le sirvió de soporte, sino porque él incurrió en los mismos vicios de éste o en otros similares, que lo hacen ilegal o inconstitucional.

Por lo demás, en este caso no operó dicho fenómeno en relación con la Resolución núm. 013 de 1998, expedida por la Contraloría Distrital de Bogotá, que sirvió de apoyo a esta entidad para sancionar al actor, pues si bien es cierto que la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la sentencia de 15 de junio de 2000 declaró la nulidad de dicha Resolución, no lo es menos que esta Corporación mediante sentencia de 21 de noviembre de 2003, (Expedientes acumulados núms. 6504, 6734 y 6801, Actores: Emgesa y otra, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), revocó tal proveído y, en su lugar, denegó las pretensiones de las demandas.

Por otra parte, en la mencionada sentencia de 21 de noviembre de 2003 se estableció, y ahora se reitera, que del texto de los artículos artículo 267 de la Constitución Política -según el cual el control fiscal es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República, quien vigilará «*la gestión fiscal de la administración*», y se ejercerá en forma posterior y selectiva; y 272, ibídem, que prevé que en las entidades territoriales donde haya contralorías el control fiscal corresponde a éstas, y que los respectivos contralores ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las atribuciones conferidas al Contralor General de la República- se deduce que el Contralor Distrital sí tiene competencia para reglamentar el control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos con participación del Distrito Capital.

En lo tocante al argumento del recurrente, referente a que CODENSA no maneja o administra bienes o fondos públicos, como quiera que esta Corporación en la precitada sentencia de 21 de noviembre dedicó un capítulo especial al control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y la situación jurídica de sus bienes, la Sala se remite a lo allí expresado, para reiterarlo.

Al efecto, dijo la Sala:

“...La Resolución acusada dispuso que sería aplicada a todas las ESP constituidas como sociedades por acciones **en cuyo capital tenga el Distrito participación directa o indirecta, entendida ésta como la que tiene «a través de su participación accionaria en otras sociedades de servicios públicos»** (artículo 1°). Así mismo, extendió el alcance del control a «la gestión fiscal» de todas estas empresas (art. 2°), con cuyo fin las mismas deberán poner «a disposición permanente» del Contralor Distrital los libros de contabilidad, los comprobantes originales y sus respectivos soportes internos y externos (art. 9°), de manera que dicho funcionario pueda producir un informe anual y uno semestral a 30 de junio, y solicitar a los administradores la rendición de explicaciones y la adopción de correctivos, «con indicación del tiempo estimado para implementar los ajustes pertinentes» (art. 8°).

Para resolver la presente controversia, debe la Sala acometer el examen de todo lo concerniente al régimen del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios y la competencia de las Contralorías de las entidades territoriales o del Contralor General de la República para proveer en esta precisa materia.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ESP

La Ley 142 de 11 de julio de 1994 **«por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones»**, introdujo normas especiales en diversas materias, principalmente en cuanto al tipo o forma de las empresas dedicadas a este cometido.

a) Tipo de sociedad

En primer lugar, según el artículo 17, las ESP deben constituirse como «*sociedades por acciones*»¹, cuyo prototipo es la sociedad anónima.

b) Reglas sobre los aportes de las entidades públicas

El artículo 19 de la Ley 142 determina el régimen jurídico de las ESP, y establece reglas especiales, entre otras, en cuanto a los aportes, remitiéndose en lo demás, a las normas que gobiernan a las sociedades anónimas (numeral 15).

Como es sabido, el capital de la sociedad anónima estará dividido en acciones (art. 375 C.Co.) y se descompone en «*autorizado*», «*suscrito*», y «*pagado*». Según el artículo 110, numeral 5° ibídem, en el acto de constitución de la sociedad deberá señalarse su capital y expresarse la parte del mismo que se suscribe y paga por los asociados. A esta descomposición del capital se refiere el artículo 376, inciso segundo del C.Co., en los siguientes términos:

«Artículo 376.

...

¹ El artículo 17 dejó a salvo la posibilidad de que las entidades descentralizadas dedicadas a este cometido y «cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones» tomen la forma de «empresa industrial y comercial del estado».

Al darse a conocer el capital autorizado se deberá indicar, a la vez, la cifra del capital suscrito y la del pagado.»

Así, pues, los socios pagan sus acciones con el dinero y demás bienes muebles o inmuebles que transfieren a la sociedad, ya en propiedad, ya en usufructo. El artículo 19 de la Ley 142 se refiere al pago de las acciones, así:

«Artículo 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.5. Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.

19.6. Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.

19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

Como se aprecia en la disposición transcrita, los socios, en este caso las entidades públicas, pagan sus acciones transfiriendo a las ESP los bienes aportados. Así, su propiedad mueble o inmueble se transforma en la «**propiedad accionaria**» a que se refiere el artículo 60 de la Constitución Política.

Se aplican, asimismo, a las ESP, las siguientes reglas del derecho privado societario:

- a) El artículo 98, inciso segundo, del Código de Comercio según el cual la sociedad, una vez legalmente constituida, «*forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*».
- b) La sociedad se hace dueña de los dineros o bienes aportados, salvo cuando se aporte el usufructo de éstos (art. 127 *ibídem*).

- c) Los socios no podrán pedir la restitución de sus aportes, sino después de pagar el pasivo externo (art. 143).
- d) Los derechos del accionista son tratados en el artículo 379 del Código de Comercio, así:
- «**ART. 379.** Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:
1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;
 2. El de recibir una parte de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;
 3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
 4. El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y
 5. El de recibir una parte pro porcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado e, pasivo externo de la sociedad.»

De otro lado, el control administrativo de las ESP en que sean socias entidades públicas, se ejerce mediante la intervención de los representantes legales de las entidades públicas accionistas en los órganos de dirección de aquellas, según lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 489, que dice así:

«Artículo 109. *Control de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.* El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.

Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.
»

c) Clasificación de las ESP

El artículo 14 ídem clasificó las ESP como oficiales, mixtas y privadas, según el porcentaje que en su capital posean la Nación o las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o de éstas. Dice así esta norma:

«**Artículo 14. Definiciones.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

...

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.»

Esta norma es de carácter especial para las ESP en cuyo capital exista participación estatal, y las califica como «*privadas*» cuando la participación sea inferior al 50%, o «*mixtas*», si supera este porcentaje.

Según se aduce en la contestación de la demanda por la Contraloría Distrital, aspecto que no ha sido desvirtuado, la Empresa de Energía de Bogotá, que inicialmente fue establecimiento público y luego empresa industrial y comercial del orden territorial, tiene el 51%, en las acciones de EMGESA. **Siendo ello así, el patrimonio de ésta sí está conformado por recursos públicos, de ahí que pueda ser sujeto de control fiscal...**».

De igual manera, es oportuno resaltar que la Sala en sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente núm. 6508) actora: Contraloría Distrital de Bogotá, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), concluyó lo siguiente acerca de si tal entidad podía o no ejercer control fiscal a CODENSA:

“...las empresas de servicios públicos están sometidas a la vigilancia de la respectiva Contraloría... es la propia Constitución (artículo 267) la que dispone que el control fiscal es una función pública que ejercen las Contralorías, respecto de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que es de carácter posterior y selectivo y que incluye el ejercicio de un control financiero...”

“... la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispone que 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, y que a tales bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría respectiva...”

En este caso, en la demanda (folio 8 del cuaderno principal), se señala como accionista de CODENSA a la “EEB” con un número de acciones ordinarias de 102.164.228, lo que quiere decir que dentro del patrimonio de aquella sí hay recursos públicos, lo que la hace sujeto pasivo de la vigilancia de la Contraloría Distrital.

Finalmente, el recurrente se muestra inconforme con el hecho de que el Tribunal se hubiera apoyado en las consideraciones de la sentencia proferida dentro del expediente ACU- 615 de 1999.

Sobre el particular, cabe señalar que, a juicio de la Sala, bien podía el Tribunal traer a colación apartes de la mencionada providencia, pues si bien es cierto que ella no guarda relación con los actos acusados en este proceso, no lo es menos que sí concierne a un aspecto que atañe al debate, como es el referente al control fiscal que se ejerce 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, a la luz del artículo 267 de la Carta Política.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 30 de enero de 2004.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Presidente
SALVA VOTO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00426-01(7397)

Actor: ANDRES REGUE GODALL

Demandado: CONTRALORIA DISTRITAL DE BOGOTA

Referencia: AUTORIDADES DISTRITALES

En el proceso el actor persigue la nulidad de las resoluciones 2207 de 28 de octubre de 1998 y 00279 de 29 de enero de 1999 y del Auto 211 de 14 de diciembre de 1998, mediante los cuales el Contralor Distrital lo sancionó como Gerente General de CODENSA S.A. ESP con multa de veinte millones de pesos (\$20.000.000) por no haber rendido el informe solicitado y reiterado en diversas oportunidades.

Como lo propuse a la Sala, la sanción impuesta se hizo co fundamento en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Resolución 013 de 30 de 1998 (30 de septiembre), por los cuales se crea un informe de control fiscal comprensivo de toda la actividad empresarial de las ESP, se obliga a sus administradores a discutirlo y a adoptar correctivos; y se faculta a la Contraloría para formular observaciones a todos los miembros de la Junta Directiva o Asamblea, incluyendo a quienes no actúan en representación de las entidades públicas accionistas, artículos que configuran un sistema ilegal de control, en cuanto recaen sobre la gestión comercial de las ESP, incluso de naturaleza privada.

A mi juicio, debieron anularse los actos demandados por haberse expedido con base en un acto ilegal.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE