

DECAIMIENTO O PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - No es causal de nulidad / DECAIMIENTO - Inexistencia ante sentencia de segunda instancia que revocó la de primera instancia

Cabe señalar, como lo hizo la Sala en sentencia de 30 de enero de 2004 (expediente núm. 7397, Actor: ANDRÉS REGUÉ GODALL, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que ahora se reitera, que el decaimiento o pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo, que fue lo que, a juicio del Tribunal, ocurrió con los actos aquí acusados en virtud de la declaratoria de nulidad de la Resolución 013 de 1998, 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 - Competencia del Contralor General y de los contralores territoriales sobre empresas de servicios públicos / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sujeción al control fiscal de las contralorías / MULTAS DE LA CONTRALORIA A GERENTE DE E.S.P. - Legalidad

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.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sujeción de las privadas con aportes oficiales al control fiscal de las contralorías / CONTROL FISCAL SOBRE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADAS - Procede en las que existan aportes oficiales / CODENSA - Sujeta a control fiscal de la Contraloría Distrital

En lo tocante al argumento del actor, 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. Esta norma (artículo 14 de la Ley 142 de 1994) 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 62 del cuaderno principal), se señala como accionista de CODENSA a la "EEB" con un número de acciones ordinarias de 102.164.227, lo que quiere decir que dentro del patrimonio de aquélla sí hay recursos públicos, lo que la hace sujeto pasivo de la vigilancia de la Contraloría Distrital.

CODENSA - Sanción por sustraerse a la obligación de rendir cuentas e informes a la Contraloría / GRADUACION DE LA SANCION POR OMISION DE INFORMES A LA CONTRALORIA - Legalidad

En cuanto al cargo relacionado con la inexistencia de la conducta sancionada, estima la Sala que no está llamado a prosperar, pues, precisamente, los documentos obrantes en el expediente y, en especial, el escrito de descargos visible a folios 103 a 118, ponen de manifiesto que el actor, desde un principio, consideró que no estaba en la obligación de suministrar la información requerida por la Contraloría Distrital dado que, en su criterio, ésta no tenía competencia para vigilar a CODENSA. De otra parte, las normas que describen la conducta como sancionable no exigen que se produzca un daño al patrimonio del Estado sino que basta con que el sujeto pasivo de la vigilancia fiscal se sustraiga de la obligación de rendir las cuentas e informes exigidos y entorpezca e impida el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las Contralorías. En lo que respecta al monto de la sanción impuesta, estima la Sala que el cargo formulado en ese sentido tampoco está llamado a prosperar pues, según el parágrafo del artículo 7º de la Resolución núm. 029 de 26 de diciembre de 1995, por la cual se reglamenta el procedimiento para sanciones, para efectos, se puede tener en cuenta el último salario devengado; y de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, el máximo de la multa es hasta cinco salarios devengados. En este caso, según se afirma en la contestación de la demanda y en el recurso, la multa que se aplicó no superó el equivalente a 3 salarios devengados por el actor, lo que descarta el carácter exorbitante que se le atribuye.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C. quince (15) de abril de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00482-01(6921)

Actor: ANDRES REGUÉ GODALL

Demandado: CONTRALORIA DE BOGOTA

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Al no haber sido aprobado el proyecto de fallo presentado a consideración de la Sala por el Consejero doctor Camilo Arciniegas Andrade, corresponde decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia de 30 de noviembre de 2000, proferida por la Sección Primera, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos acusados; y a título de restablecimiento del derecho dispuso que el Gerente de Codensa S.A. ESP, no está obligado a pagar la suma fijada como sanción y condenó a la demandada a pagar la suma de \$2'090.900,00 por concepto de la póliza constituida para la iniciación del proceso.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. ANDRÉS REGUÉ GODALL, por medio de apoderada 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 nulas las Resoluciones núms. 0210 de 19 de noviembre de 1998, "**por medio de la cual se decide un proceso sancionatorio fiscal**"; 0210 de 4 de febrero de 1999 "**por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición**"; expedidos por el Jefe de la Unidad de Recursos Energéticos de la Contraloría de Santa Fe de Bogotá D.C.; y Resolución núm. 01105 de 28 de mayo 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 de las sumas que por concepto de tal multa haya pagado, debidamente actualizadas; el pago del lucro cesante; el pago del valor de la póliza judicial núm. 421609, expedida por Seguros del Estado S.A. constituida por la suma de \$2'090.900, actualizado a la fecha del fallo; y el valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del embargo que eventualmente se presente en el proceso de jurisdicción coactiva, adelantado por la Contraloría para el cobro de la multa impuesta.

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

Estima que se violaron por falta de aplicación los artículos 123 y 268, numeral 12 de la Constitución Política; 6o, 21 párrafo 2, de la Ley 42 de 1993; 36 del C.C.A.; 2o, 7º y 14, de la Resolución Orgánica núm. 04572 de 1998, expedida por el Contralor General de la República, 7o de la Resolución 029 de 26 de diciembre de 1995, del Contralor General de Santa fe de Bogotá D.C., y la Resolución Orgánica 04812 del 5 de mayo de 1999, expedida por el Contralor General de la República.

Sostiene que se violaron, por indebida aplicación, los artículos 101 de la Ley 42 de 1993, 41 de la Ley 142 de 1994 y 5o de la Resolución núm. 029 de 26 de diciembre de 1995, expedida por la Contraloría de Santa fe de Bogotá.

En su opinión, del texto del artículo 268, numeral 12, de la Carta Política, en concordancia con los artículos 6o y 21, parágrafo 2, de la Ley 42 de 1993, se deduce que los reglamentos que versen o que se refieran a la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta, o las que no gocen de esa calidad, en las que el Estado participe, deben ser expedidos únicamente por el Contralor General de la República, frente a los cuales se deben acoger las demás autoridades encargadas del Control Fiscal, razón por la cual el Contralor de Santa fe de Bogotá tiene competencia restringida para dictar los procedimientos relacionados con el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Indica que la falta de aplicación del artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, se centra en que el actor no desconoció que la Empresa por él representada, fuera objeto de control por parte de la Contraloría, sino que el control fiscal a que se refiere la Ley 142 de 1994, es especial frente al contenido de la Ley 42 de 1993, norma que solo se aplica en la medida en que sea necesario suplir vacíos que sobre esa materia.

Destaca que la Ley 142 regula de modo especial la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios y es por ello que debe entenderse que se ejerce en relación con las acciones representativas del aporte al capital, que otorgan derechos sobre el patrimonio y sobre los dividendos que puedan corresponderle.

Enfatiza que la demandada no aplica en debida forma los artículos 123 de la Constitución Política y 41 de la Ley 142 de 1994, pues le impone una sanción a un trabajador que no goza de las calidades de funcionario público, ni maneja bienes del Estado, dada la categoría que ostenta Codensa S.A.

Advierte que el límite de las facultades discrecionales de la Administración se encuentra consagrado en los artículos 36 del C.C.A. y 7º de la Resolución 029 de 1995; y que en este caso se dejaron de aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al pasar por alto los criterios de graduación de las multas.

Puntualiza que los actos administrativos acusados violan de manera ostensible la Resolución 04572 de 4 de diciembre de 1998, expedida por el Contralor General de la República, en cuanto le dieron cumplimiento a la Resolución núm. 013 de 1998; y que la que realmente debe aplicarse es la expedida por el Contralor General, por ser posterior, e incidir en la legalidad de la otra Resolución, en consideración a lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como anulación por causa legal sobreviniente.

Considera que debió verificarse y probarse que la conducta investigada violó o dañó el propósito perseguido por el régimen de control fiscal; es decir, que debió indagarse si el actor al no entregar una información entorpeció el ejercicio del control de la gestión fiscal.

Afirma que la demandada violó el derecho fundamental al debido proceso, conforme al cual nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa; y que debió aplicarse lo dispuesto en los artículos 101 de la Ley 42 y 5º de la Resolución 029 de 1995, y no fijar una multa exorbitante de \$30.000.000.

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:

Destaca que el objetivo principal del Control Fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, constituido por todos los bienes, derechos, obligaciones y recursos de propiedad del Estado Colombiano y que su campo de acción comprende, no solo las entidades públicas que recauden o administren bienes o fondos de la Nación, sino adicionalmente a aquellos particulares que manejen los recursos del erario público, inclusive, empresas de servicios públicos domiciliarios, por lo que es necesario resaltar que dicho control recae en toda persona natural o jurídica que ejerce la gestión objeto del mismo, sin importar la naturaleza jurídica de la entidad o la actividad que ésta desarrolla, ni el porcentaje de participación o del aporte, siendo suficiente la participación oficial.

Resalta que la única empresa de servicios públicos que se puede sustraer del control fiscal es aquella cuyo capital esté integrado totalmente por recursos del sector Privado, situación que no se presenta en el caso bajo estudio, razón suficiente para determinar que hay necesariamente un control fiscal en Codensa S.A., que está constituida con una participación indirecta del Distrito Capital.

Manifiesta que la Contraloría de Bogotá cuenta con facultades normativas, en virtud de las cuales puede desarrollar aspectos no regulados por el Contralor General de la República, en tratándose de los sistemas de control fiscal, o sobre asuntos no reglados por la Constitución o la Ley en esta materia; así mismo, sobre los temas que deba atender dentro de su jurisdicción, según lo dispuesto en los artículos 268, numeral 12, en concordancia con el 272 de la Constitución Política.

Estima que la facultad reglamentaria de la Contraloría de Santa fe de Bogotá D.C., se encuentra reconocida en los mismos términos utilizados por la Constitución, en el artículo 109, numeral 1 del Decreto 1421 de 1993, norma que facultó al Contralor Distrital para prescribir los métodos y las formas de rendir cuentas a los responsables del manejo de los fondos o bienes del Distrito e indicar los criterios de evaluación financiera y de resultados que deberán seguirse.

Concluye que el Contralor de Santa fe de Bogotá D.C., goza de una potestad sancionatoria en materia fiscal, en aras de asegurar el cumplimiento de su función, evitando que los servidores públicos, encargados del manejo o administración de los recursos públicos, incurran en conductas que puedan utilizar el ejercicio del control fiscal o que pongan en peligro los recursos de la sociedad.

Precisa que la sanción impuesta al actor no viola lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, pues no superó los 3 salarios devengados por el actor para la época de los hechos.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo declaró la nulidad de los actos acusados y dispuso a título de restablecimiento del derecho que el Gerente de Codensa S.A. ESP, no está obligado a cancelar la suma impuesta como sanción y condenó a la demandada a pagar la suma de \$2'090.900, por concepto de la póliza constituida para la iniciación del proceso.

Lo anterior, por cuanto consideró, en esencia, lo siguiente:

Advirtió que la Corporación en reiteradas sentencias, entre ellas la proferida el 15 de junio de 2000, Expediente núm. 981038, Magistrada Ponente Doctora Ligia Olaya de Díaz, declaró la nulidad de la Resolución núm. 013 de 1998, expedida por la Contraloría Distrital, que sirvió de sustento para la imposición de la sanción al Gerente de CODENSA, por cuanto el Contralor Distrital de Santa fe de Bogotá D.C., actuó por fuera de su competencia constitucional y legal.

Considera que con la declaratoria de nulidad de la Resolución 013 de 1998, la sanción impuesta al actor queda sin efectos jurídicos, dada la ilegalidad que revestía dicho acto que hace que desaparezca del ordenamiento jurídico.

Agrega que las sentencias de nulidad dictadas por la Jurisdicción Administrativa, producen efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento en que fue expedido el respectivo acto administrativo anulado, por lo cual las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de su expedición; y que como consecuencia directa de este factor, las diferentes situaciones que no estaban debidamente consolidadas entre el momento en que se expidió el acto y la sentencia que declara su anulación, necesariamente resultan afectadas por la decisión jurisdiccional.

Aduce que en el presente caso no puede hablarse de la existencia de situaciones consolidadas al amparo del acto declarado nulo, dado que el demandante ejerció los recursos de la vía gubernativa y acudió a la jurisdicción para controvertir la legalidad de la sanción impuesta en su contra, especial circunstancia esta que, por sí misma, resulta suficiente para acceder a la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

En su opinión, la Resolución 013 de 1998, era incompatible con la Resolución Orgánica núm. 04572 dictada como regulación general sobre la materia, pues mientras ésta fue precisa al señalar el tipo de información que tenía que aportarse para el ejercicio del control fiscal, aquella dispuso una información más amplia que podía afectar aspectos propios de las empresas de servicios públicos ajenos a la vigilancia fiscal.

Estima que la vigencia de la Resolución Orgánica 04812 de 1999, deroga la Resolución 013 de 1998, lo que hace materialmente imposible su invocación como sustento del incumplimiento que originó la sanción impuesta al actor, por haber perdido sus efectos jurídicos.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de la demandada finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Señala que desde que entró a regir la Ley 142 de 1994 los representantes legales de la antigua Empresa de Energía de Bogotá se negaron a permitir el ejercicio del control fiscal de la Contraloría Distrital con el argumento de que el mismo estaba limitado a lo estipulado en el numeral 27.4 de la ley 142 de 1994, que lo restringe al aporte hecho sobre el capital de la empresa.

Afirma que para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, sobre los aportes hechos a dichas empresas, es menester conocer los resultados arrojados por la gestión global y los rendimientos obtenidos, lo cual supone un conocimiento general de la empresa y su desempeño, que se adquiere accediendo a sus

estados financieros, los planes y objetivos trazados durante el período objeto de evaluación y la forma en que estos se cumplieron.

Anota que dada la negativa de las Empresas EMGESA S.A. y CODENSA S.A. E.S.P. de suministrar información para efectos del control fiscal, la demandada a la fecha de expedir la Resolución 013 de 1998 y el acto administrativo que impuso la sanción al actor, desconocía por completo el valor y la forma en que se encontraba conformado el aporte realizado por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P a CODENSA E.S.P., pues los escasos datos provenían de los medios de comunicación y boletines informativos elaborados por el sindicato de empleados de la E.E.B., por lo cual resulta manifiesto el entorpecimiento al ejercicio de la función pública de dicha actividad, por parte de los Gerentes de dichas Empresas.

Añade que si bien es cierto que la Resolución 013 de 1998, fue declarada nula por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, este fallo aún no se encuentra ejecutoriado, ya que fue apelado y está pendiente de decisión por el Consejo de Estado, para lo cual, fundamentar la nulidad de unos actos administrativos, en la nulidad discutida del acto que sirvió de fundamento, no es un argumento válido para declarar la nulidad.

Asevera que la sanción impuesta no supera los 3 salarios devengados por el actor, pues se estableció que el promedio de los mismos era superior a los \$10'000.000, de lo que se infiere que no se desconoció el límite máximo de la multa que es de \$50'000.000.

Advierte que la facultad sancionatoria del Contralor Distrital se encuentra en los artículos 272, inciso 5o, en concordancia con el artículo 268 de la Carta, 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993 y 105 y subsiguientes del Decreto 1421 de 1993.

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 condición de Gerente General de CODENSA S.A. ESP, con multa de \$30'000.000.oo por cuanto incurrió en las causales consagradas en los artículos 101 de la Ley 42 de 1993 y 6º, literales b), e) i) de la Resolución 029 de 26 de diciembre de 1995, en cuanto no rindió las cuentas e informes exigidos y entorpeció e impidió el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las Contralorías y no cumplió con las obligaciones fiscales (folios 119 y 153).

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.

El Tribunal halló probado el cargo de falta de competencia, sobre la base de que la Resolución 013 de 1998 que sirvió de fundamento a los actos acusados fue declarada nula y accedió a declarar la nulidad de los mismos y a disponer, a título

de restablecimiento del derecho, que el actor no estaba obligado a pagar la multa impuesta y condenar a la demandada a la devolución de la suma de \$2'090.900.oo.

La recurrente insiste en la competencia que tiene para ejercer control financiero, de gestión y de resultados, sobre los aportes hechos a las Empresas de Servicios Públicos; reitera que si bien la Resolución 013 de 1998 fue declarada nula, la sentencia que así lo dispuso no está ejecutoriada; y que el monto de la sanción impuesta se ajusta a la legalidad.

Cabe señalar, como lo hizo la Sala en sentencia de 30 de enero de 2004 (expediente núm. 7397, Actor: ANDRÉS REGUÉ GODALL, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que ahora se reitera, que el decaimiento o pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo, que fue lo que, a juicio del Tribunal, ocurrió con los actos aquí acusados en virtud de la declaratoria de nulidad de la Resolución 013 de 1998, 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 actor, 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 1º). Así mismo, extendió el alcance del control a «la gestión fiscal» de todas estas empresas (art. 2º), 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. 9º), 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. 8º).

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.

...

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.

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».

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 proporcional 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 62 del cuaderno principal), se señala como accionista de CODENSA a la “EEB” con un número de acciones ordinarias de 102.164.227, 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.

En cuanto al cargo relacionado con la inexistencia de la conducta sancionada, estima la Sala que no está llamado a prosperar, pues, precisamente, los documentos obrantes en el expediente y, en especial, el escrito de descargos visible a folios 103 a 118, ponen de manifiesto que el actor, desde un principio, consideró que no estaba en la obligación de suministrar la información requerida por la Contraloría Distrital dado que, en su criterio, ésta no tenía competencia para

vigilar a CODENSA. De otra parte, las normas que describen la conducta como sancionable no exigen que se produzca un daño al patrimonio del Estado sino que basta con que el sujeto pasivo de la vigilancia fiscal se sustraiga de la obligación de rendir las cuentas e informes exigidos y entorpezca e impida el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las Contralorías.

Finalmente, en lo que respecta al monto de la sanción impuesta, estima la Sala que el cargo formulado en ese sentido tampoco está llamado a prosperar pues, según el párrafo del artículo 7º de la Resolución núm. 029 de 26 de diciembre de 1995, por la cual se reglamenta el procedimiento para sanciones, para efectos, se puede tener en cuenta el último salario devengado (folio 250 del cuaderno principal); y de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, el máximo de la multa es hasta cinco salarios devengados. En este caso, según se afirma en la contestación de la demanda y en el recurso, la multa que se aplicó no superó el equivalente a 3 salarios devengados por el actor, lo que descarta el carácter exorbitante que se le atribuye.

En consecuencia, debe revocarse 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

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: **DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda.

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 15 de abril de 2004.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Presidente
Salva voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADM

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00482-01(6921)

Actor: ANDRES REGUE GODALL

Demandado: CONTRALORIA DE BOGOTA

Referencia: AUTORIDADES DISTRITALES

En el proceso el actor persigue la nulidad de las resoluciones 0210 de 19 de noviembre de 1998, 0210 de 4 de febrero de 1999 y 01105 de 28 de mayo de 1999, mediante los cuales el Contralor Distrital lo sancionó como Gerente General de CODENSA S.A. ESP con multa de dos millones noventa mil novecientos pesos (\$2.090.900) por no haber rendido el informe solicitado y reiterado en diversas oportunidades.

Como lo propuse a la Sala, la sanción impuesta se hizo con 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