

**ACCION POPULAR - Contrato estatal. Improcedente / CONTRATO ESTATAL - Acción popular. Improcedencia / ACCION CONTRACTUAL - Diferente a la acción popular / CONTRATO ESTATAL - Actividad administrativa / CONTRATO ESTATAL - Finalidad / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Contrato estatal. Acción popular**

Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo -de otra-, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso. Ahora bien, como la actividad contractual del Estado bien puede servir de mecanismo de expresión de la función administrativa, “El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales’ (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”. Por tanto, el contrato estatal lo celebra siempre la entidad oficial en procura el interés general y público, con independencia del régimen jurídico aplicable al mismo, dado que existen contratos estatales regidos por ley 80 de 1993, otros por el derecho privado, y unos más por normas especiales. Además, debe entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobrecostos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 31 de octubre de 2002, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, exp. AP-518; de la Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992

**FALLO DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos. Vinculación / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos. Vinculación / DEBIDO PROCESO - Efecto vinculante de los fallos de constitucionalidad / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES - Efecto vinculante de los fallos de constitucionalidad**

En el recurso de apelación se invocó la sentencia T-832 de 2003, en la cual la Corte Constitucional indicó que los fallos de constitucionalidad vinculan a partir del día siguiente de su expedición y no desde la firmeza del mismo, argumento que para el Consejo de Estado no es de recibo. (..) Es claro, entonces, que las sentencias de Constitucionalidad sólo son vinculantes a partir de la notificación y ejecutoria de la misma, en aras de la protección al debido proceso y al principio de publicidad de la sentencias judiciales, por lo cual no es de recibo el argumento

que plantea el actor popular. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 24 de febrero de 2005; T-832/2003 de la Corte Constitucional

**EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS OFICIAL - Contrato de auditoria externa de gestión y resultados. Fallo de constitucionalidad / AUDITORIA EXTERNA DE GESTION Y RESULTADOS - Empresa de servicios públicos domiciliarios oficial. Fallo de constitucionalidad**

Con fundamento en las anteriores pruebas, y para efectos de determinar si los contratos se celebraron con violación de la ley, teniendo en cuenta lo previsto en la sentencia de constitucionalidad del art. 51 de la ley 142, No. C-290 de 2002, debe advertirse que, conforme a la sentencia de esta Sección, del 24 de febrero de 2005 -exp. AP-1470-, la firmeza de la sentencia de la Corte Constitucional -la cual declaró la exequibilidad condicionada de la norma que obligaba a que las ESPD oficiales debían contratar una auditoria externa de gestión y resultados-, sólo comenzó a producir efectos a partir del 19 de julio de 2002. Lo anterior se deduce de la copia del edicto remitido por la Secretaría General de esa Corporación, el cual fue fijado el 11 de julio de 2002 y desfijado el 15 de julio del mismo año. Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 331 del CPC. "Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas". Para la Sala resulta evidente, a partir de lo anterior, que antes de que estuviera en firme la sentencia C-290 de 2002 no podía imponerse su cumplimiento a ninguna empresa oficial de SPD, por la sencilla razón de que lo decidido aún no producía efectos. Por tanto, los contratos cuestionados por el actor popular Nos. 002 de 2000, 020 de 2001, 015 de febrero 1 de 2002 y 031 de julio 1 de 2002 se celebraron válidamente, toda vez que la propia ley 142 lo autorizaba para esa fecha, antes de la declaratoria de constitucionalidad condicionada proferida por la Corte Constitucional. De modo que todo el contrato No. 013 de 1 de enero de 2003, fue celebrado con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por esta razón la Sala deberá analizar si con su suscripción se violaron los derechos colectivos que el actor invoca como vulnerados. Nota de Relatoría: Ver SENTENCIA C-290 DE 2002 sobre CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 51 DE LA LEY 142; sentencia de 24 de febrero de 2005 -exp. AP-1470

**MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Generalidades**

En otras oportunidades, la Sala ha reconocido que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución. Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, "cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas". La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica, por esta razón, para definir su contenido, en un caso concreto, es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales, y las instituciones jurídicas, se sirven los unos a los

otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación. No existe una fórmula para evaluar la moralidad administrativa, por lo que su presunta vulneración debe ser analizada en cada caso concreto, a la luz de otros derechos o principios legales y constitucionales. Debe aclararse, sin embargo, que no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por lo que debe probarse la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. AP-170 de 2001; sentencia del 17 de junio de 2001, exp. AP-166; de la Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

**CONTROL FISCAL - Empresa de servicios públicos domiciliarios oficiales / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES - Control fiscal / AUDITORIA EXTERNA DE GESTION Y RESULTADOS - Incompatibilidad con el control fiscal. Empresa de servicios públicos domiciliarios oficiales / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Empresa de servicios públicos domiciliarios. Auditoria externa de gestión y resultados**

Según esta decisión, (sentencia C-290 de 2002 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 51 de la ley 142 de 1994) para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades publicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual. Por lo anterior la Sala estima que el contrato 013 contraviene la ley y la sentencia de constitucionalidad, porque tanto la norma juzgada como la decisión que condiciona su exequibilidad, forman una unidad que se integra al ordenamiento jurídico, formando un bloque, y haciéndose obligatorio su acatamiento, como si se tratara de un solo texto legal. Además se debe tener en cuenta lo previsto en el inciso 1 del art. 243 de la CP, según el cual “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, de modo que su observancia es imperativa. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-290 de 2002 la Corte Constitucional

**PATRIMONIO PUBLICO - Vulneración. Contrato de auditoria externa de gestión y resultados. Empresa de servicios públicos domiciliarios / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Vulneración patrimonio público / CONTROL FISCAL - Cuota de auditaje / CUOTA DE AUDITAJE - Control fiscal**

Puestas estas ideas en el contexto de la protección a los derechos colectivos, la Sala estima que se atenta contra el patrimonio público cuando una empresa oficial invierte recursos contratando un objeto idéntico al que tiene asegurado mediante sus propias dependencias y funcionarios, en este caso, el servicio de control de gestión y resultados, el cual, por disposición constitucional -art. 267 CP-, se encuentra en cabeza de los órganos de control fiscal. Celebrar este tipo de contratos implica, por lo menos, una redundancia en el objeto, pues la actividad la

realiza, por obligación legal y con exclusividad -en palabras de la Corte Constitucional-, la contraloría respectiva. Además de los argumentos expuestos en la sentencia de la Corte, según los cuales la contraloría ejerce el control exclusivo sobre las entidades oficiales, se debe recordar que las entidades estatales deben pagar al órgano de control fiscal una cuota de auditaje, establecida en la ley 617 de 2000. De modo que si la entidad oficial demandada debe pagar a la contraloría, por concepto del control de gestión y resultados que efectúa -entre otros sistemas de control que realiza-, no tiene sentido que se duplique este costo, haciendo pagos que resultan injustificados, si de la protección al patrimonio público se trata. Además, el hecho de que el objeto del contrato sea más amplio resulta indiferente, en relación con la violación o no al patrimonio público, pues contratar dos veces una misma actividad afecta, sin duda, el patrimonio público, lo cual es suficiente para que se proteja el derecho colectivo invocado. Por tanto, para la Sala es claro que no es posible que las empresas de servicios públicos oficiales celebren contratos para la realización del control de gestión y resultados con empresas privadas, pues, por razones constitucionales, este control es exclusivo de los órganos de control fiscal competentes.

**CONTRATO - Causal de nulidad absoluta / CAUSAL DE NULIDAD ABOLUTA DEL CONTRATO - Objeto ilícito / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Causales / OBJETO ILICITO - Causal de nulidad del contrato / RESTITUCIONES MUTUAS - Derecho privado / RESTITUCIONES MUTUAS - Ley 80 de 1993 / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Efectos. Derecho privado. Ley 80 de 1993**

Ahora bien, conforme al 34 de la ley 472 resulta posible anular un contrato siempre que se configure una causal de nulidad absoluta prevista por la ley, que en el proceso hayan intervenido las partes del contrato, y que además viole o amenace violar los derechos colectivos, como ocurre en el presente caso. Ahora bien conforme, con el artículo 1741 del Código Civil, las causas de nulidad absolutas son: objeto ilícito, causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Las demás son nulidades relativas. Para la Sala, al celebrarse el contrato No. 013 de 2003, se estipuló un objeto cuyo cumplimiento hace parte de las funciones propias de los órganos de control fiscal, lo que hace que el contrato adolezca de objeto ilícito, por lo cual se declarará su nulidad. Ahora, en cuanto los efectos de esa sanción, y por tratarse de un contrato que se rigió por el derecho privado, (artículo 1525 del Código Civil). Una solución diferente se prevé para los contratos que se rigen por la ley 80 de 1993. Por tanto, en el presente caso únicamente se declara la nulidad del contrato, y dado que no hay lugar a ordenar las restituciones mutuas, conforme el anterior artículo citado, se advertirá a la empresa de servicios públicos para que en adelante se abstenga de celebrar contratos como los analizados en este proceso. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 3 de 24 de noviembre de 2004, con radicación No. 25.560

**CONSEJO DE ESTADO**

## **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007)

**Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP)**

**Actor: MARIA NUBIA ZAMORA VARGAS**

**Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA Y OTROS**

**Referencia: ACCION POPULAR**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de septiembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda**

El 16 de junio de 2004, la señora María Nubia Zamora instauró acción popular contra la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila ESP, Estanislao Charry Valbuena, Luis Alfonso Ossa Ossa y Asesoría Sistemas y Construcciones Ltda., con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, los cuales estimaron vulnerados por los hechos que se describen a continuación:

La Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila EMSEERPLA E.S.P, es una empresa prestadora de servicios públicos, encargada de la dirección, administración y prestación de los servicios públicos de

acueducto, alcantarillado, plazas de mercado y aseo de la Plata. El capital de esta empresa está constituido por aporte estatal, y sus contratos, de conformidad con el artículo 32 de la ley 142 de 1994, se rigen por el derecho privado salvo las excepciones legales.

Dicha empresa de servicios públicos ha celebrado varios contratos de auditoría externa de gestión y resultados, en los siguientes términos, de acuerdo con la siguiente información contenida en la demanda:

- Contrato de fecha 01-01-2000, suscrito con el doctor Estanislao Charry Valbuena, por valor de \$7'200.000,00 y una duración de 12 meses.
- Contrato de fecha 01-06-2001, suscrito con el doctor Estanislao Charry Valbuena, por valor de \$8'400.000,00 y una duración de 12 meses.
- Contrato de fecha 01-02-2002, suscrito con el doctor Luis Alfonso Ossa Ossa, por valor de \$9'000.000,00 y una duración de 12 meses.
- Contrato de fecha 01-07-2002, suscrito con la empresa Asesorías Sistemas y Construcciones Ltda., por valor de \$9'600.000,00, y una duración de 12 meses.
- Contrato de fecha 01-01-2003, suscrito con la empresa Asesorías Sistemas y Construcciones Ltda., por valor de \$11'136.180,00, y una duración de 12 meses.

Dice el actor que el objeto pactado en los contratos corresponde a funciones constitucionalmente asignadas a la Contraloría General de la República, conforme al artículo 267 de la Constitución Política. En efecto, la competencia de este órgano de control, respecto de la responsabilidad fiscal, incluye todo lo referente con las empresas de servicios públicos, y el objeto de los contratos coincide con las funciones de la Contraloría.

Agregó que: "9. Justamente, para el cumplimiento de su misión y funciones, las contralorías están obligadas a ejercer la vigilancia sobre la gestión fiscal y los

resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.” (folio 3 del cuaderno 1).

En relación con la vulneración de los derechos colectivos, el demandante afirmó:

“El comportamiento antijurídico derivado de las acciones y omisiones desplegadas por las personas vinculadas a la empresa EMSERPLA ESP (sic), representa graves ataques a los derechos colectivos citados.

“La moralidad administrativa porque el proceso de contratación tiene como objeto el desarrollo de actividades que constitucional y legalmente corresponden a las contralorías.

“Todo contrato irregular celebrado con dineros públicos está dirigido a un propósito inequívoco: esquilmar el patrimonio público. En este caso se contrató y ahora, nuevamente se pretende la contratación de una actividad que la cumplen los organismos de control fiscal, lo cual muchas veces se motiva no en el mejoramiento del servicio sino en la posibilidad de obtener coimas o ‘comisiones’ por un contrato.

“Los servicios públicos domiciliarios, las EMSERPLA ESP (sic) es una empresa de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con la constitución son inherentes a la función social del Estado (art. 365 C.P.), por lo que la vigilancia y buena inversión de recursos hace parte de las veedurías ciudadanas que como derecho asiste a los súbditos colombianos y que como deber de vigilancia sobre lo público refulge como imperativo categórico para ciudadanos de bien frente a los depredadores del erario público, muchas veces convertidos por el azar de las circunstancias en ‘servidores públicos’.

“El objeto de los contratos ilegales que estamos denunciando como violatorios de los derechos colectivos, simplemente reproduce funciones que competen a las contralorías en desarrollo del llamado control fiscal, que ha sido instituido como una función pública que realiza en forma posterior y selectiva, sobre la administración y los particulares en entidades que manejan fondos o bienes públicos. Es claro que esta vigilancia fiscal incluye el ejercicio de un ‘control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía la equidad y la valoración de los costos ambientales ...’, como lo señala el artículo 267 de la Constitución” (ver folios 4 a 9 del cuaderno 1).

Con fundamento en lo anterior, propuso como pretensiones las siguientes:

“En primer lugar, que se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público que están siendo vulnerados por las conductas activas y omisivas desplegadas por servidores que actúan en nombre de EMSERPLA ESP, entidad demandada.

“En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, que se dispongan en las medidas necesarias y suficientes para que cesen las conductas activas y omisivas que están produciendo la lesión de los derechos colectivos mencionados.

“En tercer lugar, como consecuencia de las anteriores pretensiones, que se ordene a EMSERPLA ESP no celebrar contratos de ninguna naturaleza que tengan por objeto la auditoríaexterna de gestión y resultados, ya que tal función la cumple la Contraloría Departamental del Huila.

“En cuarto lugar, si en la actualidad se ejecuta algún contrato por parte de EMSERPLA ESP, cuyo objeto sea la auditoríaexterna de gestión y resultados, que se ordene su terminación y liquidación ya que su objeto es ilícito por la razón de la suplantación de las funciones que cumple la Contraloría Departamental del Huila.

“En quinto lugar, que ordene a las personas que participaron en la celebración y ejecución de los contratos de auditoría externa de gestión y resultados, que reintegren a las tesorería de EMSERPLA ESP todos los valores pagados por razón del citado contrato.

“Respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, decretar el incentivo a favor del demandante y condenar en costas a los demandados”. (folios 3 y 4, cuaderno 1).

Por auto del 17 de junio de 2004, el a-quo admitió la demanda y ordenó: notificar al representante legal de EMSERPLA E.S.P., y a los señores ESTANISLADO CHARRY VALBUENA, LUIS ALFONSO OSSA OSSA, al representante legal de la EMPRESA ASESORIAS SISTEMAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y al Defensor del Pueblo, y comunicar al agente del Ministerio Público y a la Contraloría Departamental del Huila (ver folio 12 a 13, cuaderno 1).

El Tribunal Administrativo del Huila, por auto del 14 de julio de 2004, ordenó emplazar a los demandados, por cuanto la parte actora manifestó bajo juramento desconocer el lugar donde se pudieran localizar los mismos (folio 30 del cuaderno 1). Se publicó el edicto emplazatorio en el periódico el Espectador del 31 de julio al 6 de agosto siguiente (folio 35 cuaderno 1).

## **2. Contestación de la demanda**

EMSERPLA E.S.P se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que las mismas carecían de fundamento jurídico y fáctico.

Afirmó que actualmente subsiste la obligación de contratar la auditoría externa de gestión y resultados para algunas empresas de servicios públicos, lo cual surge de la regulación prevista en la ley 689 de 2001.

Propuso la excepción de mérito que denominó “ausencia de perjuicio concreto/carácter preventivo de la acción popular”, la cual fundamentó en que esta acción es de carácter preventivo y sólo en algunas ocasiones es restitutoria, razón por la cual el actor debe demostrar la amenaza o menoscabo al derecho colectivo. En este sentido afirma que *“... también (y es indispensable) que se aporten las pruebas que conducen a hacer notorio este hecho, de modo que la sola enunciación de una circunstancia fáctica presente de la cual sólo ligeramente se puede deducir una amenaza, no es suficiente para lograr el amparo pedido. De hecho, si bien la acción popular es un medio ágil para la protección de intereses colectivos, su informalidad no puede llevar a extremos de reconocer su operancia aún en ausencia de pruebas acerca de la vulneración.”*

Igualmente considera que no se quebranta el patrimonio público, porque no se ha puesto en entredicho la integridad de los bienes de uso público.

En cuanto a la moralidad administrativa, considera que no existe menoscabo imputable a las actuaciones de los funcionarios. En este sentido, dice que la celebración de los contratos, en términos del artículo 6º de la ley 689 de 2001, no constituyen una actuación irregular, luego del pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-290 del 23 de abril de 2002. Sobre este aspecto agrega que *“... si bien no existe ya aquella obligatoriedad de contratación, si persiste el imperativo de desarrollar y evaluar periódicamente el plan de gestión y resultados que entre otras cosas está destinado a ser requisito esencial de su desenvolvimiento, requiriéndose para ello la asistencia técnica y especializada de personal que lo conozca, con lo cual no se encuentra dentro de la estructura del ente prestatario.”* (folio 42 del cuaderno 1).

En cuanto a la petición del actor de dejar sin efectos los contratos, considera que tal pretensión no se puede perseguir a través de la acción popular sino de las acciones ordinarias. De ahí que sea improcedente (folios 38 a 46, cuaderno 1).

**3. Designación de los curadores para la representación de las personas emplazadas.**

Por auto del 7 de septiembre de 2004 se designaron los curadores *ad-litem* que representarían a cada uno de los demandados, que no comparecieron al proceso (ver, folio 66 del cuaderno 1).

3.1. El curador designado para el señor ESTANISLADO CHARRY VALBUENA contestó la demanda. Se refirió a los hechos de la misma e indicó que se atenía a lo que se probara en el proceso (folio 82 cuaderno 1).

3.2. El curador designado para el señor LUIS ALFONSO OSSA OSSA dijo, frente a algunos hechos, que no le constaban y, frente a otros, que eran puntos de puro derecho. En cuanto a las pretensiones, dijo que se atenía a lo que se probara en el proceso (folios 83 a 84 cuaderno 1).

3.3. El curador designado para la EMPRESA ASESORÍAS SISTEMAS Y CONSTRUCCIONES LTDA. contestó la demanda y afirmó que no le constaba ninguno de los hechos y que, por tanto, se debían probar. Igualmente se opuso a todas las pretensiones (folio 92 a 93 cuaderno 1).

#### **4. Audiencia de pacto de cumplimiento**

Conforme a lo ordenado por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en auto del 16 de marzo de 2005, se citó a las partes a la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se celebró el 26 de abril siguiente. A la audiencia comparecieron todos los involucrados.

El Juez indicó que no puede haber ánimo conciliatorio por cuanto la mayoría de demandados están representados por curador *ad-litem*. La audiencia fue declarada fallida (folios 106 a 107, cuaderno 1).

#### **6. Alegatos de conclusión.**

El Tribunal dio traslado a las partes para alegar de conclusión (folio 136, cuaderno 1), pero no intervino ninguna de las partes.

## **7. Sentencia de primera instancia**

En sentencia del 27 de septiembre de 2005, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Decisión Segunda, declaró probada la excepción propuesta por la EMSERPLA E.S.P., y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Afirmó que, con los mismos argumentos de esta demanda, se había presentado una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6º de la ley 689 de 2001, y que la Corte Constitucional declaró su inexecutable, en fallo del 23 de abril de 2002 (el cual sólo quedó ejecutoriado el 18 de julio de 2002).

Agregó que muchos de los contratos acusados como vulnerantes de los derechos colectivos<sup>1</sup> fueron celebrados antes de que estuviera en firme la decisión de la Corte Constitucional, razón por la cual las pretensiones frente a ellos no debían prosperar “... como quiera que para la época existía norma expresa que los autorizaba” (folio 147 del cuaderno principal).

En relación con el contrato 013, del 1 de enero de 2003, celebrado con la Empresa Asesorías Sistemas y Construcciones Ltda., dijo que el pronunciamiento de la Corte Constitucional hizo desaparecer la obligación legal de celebrar estos contratos, respecto de las labores de auditoría de gestión y resultados desarrollado por empresas particulares en empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, por considerar que se presentaría una dualidad de funciones con el ejercicio del control fiscal.

Agregó que dichos contratos quedarán sin soporte jurídico pero que esto no implica que con su celebración, se buscara realizar maniobras corruptas o fraudulentas capaces de vulnerar los derechos colectivos, como la moralidad administrativa y el patrimonio público. Por tanto, los accionados pudieron

---

<sup>1</sup> Es el caso del contrato No. 002 del 1 de enero de 2000, suscrito entre EMSERPLA E.S.P. y Estanislao Charry Valvuenza; el 020 del 2 de junio de 2001, suscrito con el mismo contratista; el 015 del 1 de febrero de 2002, suscrito con el señor Luis Alfonso Ossa Ossa, y el 031 de 2002.

considerar que, si bien la sentencia de la Corte Constitucional eliminaba la obligación legal, no por ello se configura una prohibición para la celebración de este tipo de contrato.

De otra parte, si bien las interpretaciones del artículo 6º no justifican la celebración de contratos por parte de EMSERPLA E.S.P. “traducen en la preocupación por parte de la entidad descentralizada de tener mayor control de gestión de resultados, labor que difiere de la función de los organismos de control fiscal del Estado, orientada a supervisar el adecuado manejo de los recursos del Estado; lo que aunado al desconocimiento del pronunciamiento constitucional, podría en un momento dado explicar la actuación de la empresa...” (ver folios 139 a 152, cuaderno principal).

## **8. Recurso de apelación**

La demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Solicitó la revocatoria de la misma, porque al celebrarse los contratos de auditoría externa se desconoció la Constitución y la ley, dado que EMSERPLA es una ESP, de carácter oficial, por lo cual tenía prohibido celebrar contratos de auditoría externa, ya que su control fiscal corresponde únicamente a la Contraloría General de la Nación, sin que la función pueda ser suplantada por particulares. Agregó que el control fiscal es irrenunciable, indelegable e insustituible, de ahí que los contratos sean nulos por objeto ilícito.

La consecuencia de la ilicitud de los contratos impone la recuperación de los dineros gastados por la empresa de servicios públicos y recibidos por los demandados.

Frente a los efectos de la sentencia, indicó que los fallos de la Corte Constitucional producen efectos a partir del día siguiente a aquél en que se toma la decisión de declarar inexecutable la norma, por tanto, en el caso concreto, la sentencia es vinculante a partir del 23 de abril de 2002.

Afirmó que la Corte Constitucional es la única que puede determinar los efectos de sus sentencias. “De ésta suerte, nada más estéril e inútil, que lo hecho y dicho por el Tribunal, siguiendo la opinión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de ocuparse de enseñar cuándo se inician los efectos de un fallo de inexecutableidad, contrariando los expresamente advertido por la Corte Constitucional” (folio 159 cuaderno principal).

Por último, cuestiona el hecho de que para el *a quo* la mala fe sea un requisito para que proceda el amparo de los derechos colectivos que se consideran vulnerados. Tal requisito exigiría que se tuviera que dictar sentencia penal para determinar tal situación. No obstante, en el presente caso se encuentra demostrado el dolo o la mala fe, por haberse desconocido los parámetros legales (folios 154 a 165 cuaderno principal).

## **CONSIDERACIONES**

Con el fin de resolver el fondo del asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes aspectos: 1) la procedencia de las acciones populares frente a los contratos; 2) a partir de qué momento son vinculantes los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional; 3) se determinará si los fundamentos fácticos de la demanda se hallan demostrado y, de ser así, se analizará la responsabilidad de la entidad demandada, y, en caso de existir vulneración o amenaza a los derechos colectivos, se determinará la manera de ampararlos frente a la actividad contractual del Estado que se rige por el derecho privado .

### **1. Acciones populares frente a contratos estatales**

En relación con este primer asunto, la Sala, en anteriores oportunidades, ha señalado que:

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo,

el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

Adicionalmente, la acción popular está prevista en la Constitución para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual procede de manera preferente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin, es decir, no es esta una acción supletiva como sí lo es la tutela. Además, la eficacia de dicha acción es mayor frente a las acciones ordinarias, por estar sometida a un trámite preferencial (art. 6 ley 472 de 1998) y más breve, por lo cual asegura en mejor medida la protección de tales derechos, que por lo regular demandan acciones urgentes.”<sup>2</sup>

En todo caso, vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo -de otra-, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso.

Ahora bien, como la actividad contractual del Estado bien puede servir de mecanismo de expresión de la función administrativa, “El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, exp. AP-518

requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales' (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”<sup>3</sup>.

De igual forma, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-449 de 1992 dijo que “En cuanto a la excelencia en la gestión, ella se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra **la prevalencia del interés general**, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que **es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes.**(...) la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia” (negritas originales).

Por tanto, el contrato estatal lo celebra siempre la entidad oficial en procura el interés general y público, con independencia del régimen jurídico aplicable al mismo, dado que existen contratos estatales regidos por ley 80 de 1993, otros por el derecho privado<sup>4</sup>, y unos más por normas especiales.

Además, debe entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobrecostos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato.

---

<sup>3</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Pág. 110 y ss.

<sup>4</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 15 y ss.

## 2. A partir de qué momento son vinculantes los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional?

El análisis de este tema resulta determinante, teniendo en cuenta que son varios los contratos acusados de ilegales por el actor popular, los que igualmente se celebraron en diversas épocas, lo que tendrá incidencia en la decisión del caso concreto: de ahí la importancia de analizar el momento a partir del cual producen efectos las sentencias de constitucionalidad.

En el recurso de apelación se invocó la sentencia T-832 de 2003, en la cual la Corte Constitucional indicó que los fallos de constitucionalidad vinculan a partir del día siguiente de su expedición y no desde la firmeza del mismo, argumento que para el Consejo de Estado no es de recibo.

Respecto de esta problemática, la Sección Tercera sostuvo, en la sentencia del 24 de febrero de 2005, que:

Frente a lo expresado por la Corte Constitucional en la providencia de tutela transcrita, es preciso señalar que la atribución del juez constitucional de definir el alcance de los efectos de un fallo (art. 21 decreto 2067 de 1991 y art. 45 de la ley 270 de 1996) no faculta para exceptuar el acatamiento al mandato de publicidad de toda sentencia, el cual permite determinar la fecha cierta a partir de la cual esos efectos -definidos en la providencia respectiva- comienzan a producirse, con carácter obligatorio e imperativo, esto es, coercitivo.

“Y ese carácter imperativo y obligatorio de las decisiones judiciales sólo deviene con su ejecutoria, la cual exige -a juicio de la Corte Constitucional- el cumplimiento de las siguientes ‘reglas’:

‘(i) **Ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada**, aun cuando eventualmente puede llegar a ser obligatoria si se conceden los recursos en el efecto devolutivo; y por otra parte, (ii) **Solamente cuando las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas son de estricto cumplimiento**, sin embargo, **la producción de sus efectos jurídicos supone el conocimiento previo de los sujetos procesales.**”<sup>5</sup> (subrayas y negrillas de la Sala)

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 641 de 2002.

La producción de los efectos de las providencias judiciales exige, pues, su notificación, en razón a que, la publicidad -que al decir de Bentham “es el alma de la justicia” - cumple un rol esencial en todo estado democrático “ya que gracias a (ella), es posible asegurar la imparcialidad, la moralidad y la veracidad de los procesos. En cuanto refiere al dispositivo de las notificaciones judiciales la Corte Constitucional ha indicado en forma categórica:

‘...si una de las finalidades de la publicidad consiste en informar a dichos sujetos sobre la obligación de acatar una determinada conducta, no se podría obtener su cumplimiento coactivo en contra de la voluntad de los obligados, cuando éstos ignoran por completo lo dispuesto en la decisión judicial, desconociendo la premisa fundamental de un régimen democrático, según la cual el conocimiento de una decisión permite establecer los deberes de las personas y demarcar el poder de coacción de las autoridades, lejos de medidas arbitrarias o secretas propias de regimenes absolutistas’<sup>6</sup>(la negrilla y el subrayado es de la Sala)

Así, en virtud del **principio de publicidad de las decisiones judiciales**, previsto en el artículo 228 Constitucional, ha dicho la Corte Constitucional:

‘...el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por (sic) la efectividad de la democracia participativa. (...)’

el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, **alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria** contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública. (subrayado y negrilla de la Sala)

Es claro, entonces, que las sentencias de Constitucionalidad sólo son vinculantes a partir de la notificación y ejecutoria de la misma, en aras de la

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 641 de 2002.

protección al debido proceso y al principio de publicidad de las sentencias judiciales, por lo cual no es de recibo el argumento que plantea el actor popular. Este es el criterio con el cual se analizará el caso concreto.

### **3. El caso concreto y lo probado en el proceso.**

**3.1.** En la demanda se indica que la ESPD oficial suscribió varios contratos para llevar a cabo la “auditoría externa de gestión y resultados” a que se refiere el artículo 51 de la ley 142 -modificado por el art. 6 de la ley 689 de 2001<sup>7</sup>-, lo cual se encuentra demostrado, de conformidad con las siguientes pruebas:

---

<sup>7</sup> Dispone este artículo que "Artículo 51. Auditoría externa. Independientemente del control interno, todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas. Cuando una Empresa de Servicios Públicos quiera cambiar a sus auditores externos, deberá solicitar permiso a la Superintendencia, informándole sobre las causas que la llevaron a esa decisión. La Superintendencia podrá negar la solicitud mediante resolución motivada.

“No obstante cuando se presente el vencimiento del plazo del contrato las empresas podrán determinar si lo prorrogan o inician un nuevo proceso de selección del contratista, de lo cual informará previamente a la Superintendencia.

“El Superintendente de Servicios Públicos podrá, cada trimestre, solicitar a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios informes acerca de la gestión del auditor externo, y en caso de encontrar que éste no cumple a cabalidad con sus funciones, podrá recomendar a la empresa su remoción.

“La auditoría externa obrará en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios y, en consecuencia, está obligada a informar a la Superintendencia las situaciones que pongan en peligro la viabilidad financiera de una empresa, las fallas que encuentren en el control interno, y en general, las apreciaciones de evaluación sobre el manejo de la empresa. En todo caso, deberán elaborar además, al menos una vez al año, una evaluación del manejo de la entidad prestadora.

“Parágrafo 1°. Las Empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año.

“No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios:

“a) A criterio de la Superintendencia, las entidades oficiales que presten los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994, si demuestran que el control fiscal e interno de que son objeto satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. Las comisiones de regulación definirán de manera general las metodologías para determinar los casos en que las entidades oficiales no requieran de una auditoría externa;

“b) Las empresas de servicios públicos que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios;

“c) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;

“d) Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley o en zonas rurales;

“e) Las organizaciones autorizadas de que trata el artículo 15 numeral 15.4 de la Ley 142 de 1994 para la prestación de servicios públicos;

“f) Los productores de servicios marginales.

- En primer lugar, se acreditó que la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila -EMSERPLA E.S.P.- es una empresa de carácter oficial, conforme a la certificación emitida por la misma -el 15 de junio de 2005-, en la cual el gerente indica que "... es necesario aclarar que no se remiten términos de referencia o pliegos de condiciones ya que por tratarse de una Empresa de Servicios Públicos de carácter oficial según lo dispuesto por el artículo 30 y s.s. de la ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado y no por la ley 80 de 1993" (folio 116 a 117 cuaderno 1).

- Contrato No. 002, suscrito el primero de enero de 2000 entre EMSERPLA ESP. y Estanislao Charry Valbuena, cuyo objeto fue la "PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN REALIZAR LA AUDITORÍA EXTERNA A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA HUILA EMSERPLA E.S.P. En cumplimiento del objeto del contrato el contratista deberá realizar los procesos presentados en la propuesta los cuales adjunta fotocopia como constancia". El valor fue de \$7'200.000 y su duración de 12 meses -desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de mismo año- (folios 118 a 120 cuaderno 1).

- Contrato No. 020, suscrito el primero de junio de 2001 entre EMSERPLA E.S.P., y Estanislao Charry Valbuena, cuyo objeto fue la "PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN REALIZAR LA AUDITORÍA EXTERNA A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA HUILA EMSERPLA E.S.P acorde a los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; en cumplimiento al presente contrato el contratista deberá realizar los procesos presentados en la propuesta de la cual se adjunta fotocopia como constancia". El valor fue de \$8'400.000 y su duración por la vigencia del año 2001 (folios 121 a 123 cuaderno 1).

---

"Parágrafo 2°. En los municipios menores de categoría 5 y 6 de acuerdo con la Ley 136 de 1994 (Régimen Municipal), que sean prestadores directos de un servicio público domiciliario, las funciones de auditoría externa quedarán en cabeza del Jefe de la Oficina de Control Interno del municipio.

"Parágrafo 3°. La Superintendencia concederá o negará, mediante resolución motivada, el permiso al que se refiere el presente artículo".

- Contrato No. 015, suscrito el primero de febrero de 2002 entre EMSERPLA E.S.P., y Luis Alfonso Ossa Ossa, cuyo objeto fue la “PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN REALIZAR LA AUDITORÍA EXTERNA A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA HUILA EMSERPLA E.S.P acorde a los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; en cumplimiento del contrato el contratista deberá realizar los procesos presentados en la propuesta de cual se adjunta fotocopia como constancia”. El valor fue de \$9'600.000 y su duración por la vigencia del año 2002 (folios 126 a 128 cuaderno 1).

También obra el acta de terminación bilateral de este contrato, suscrita el 26 de junio de 2002 (folios 124 cuaderno 1).

- Contrato No. 031, suscrito el primero de julio de 2002 entre EMSERPLA E.S.P. y la empresa Asesorías, Sistemas y Construcciones Ltda., cuyo objeto fue la “PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN REALIZAR LA AUDITORÍA EXTERNA A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA HUILA EMSERPLA E.S.P acorde con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; en cumplimiento del objeto del contrato el contratista deberá realizar los procesos presentados en la propuesta de cual se adjunta fotocopia como constancia”. El valor fue de \$9'600.000 y su duración del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre del mismo año (cuaderno 128 a 131 cuaderno 1).

- Contrato No. 013, suscrito el primero de enero de 2003 entre EMSERPLA E.S.P. y la empresa Asesorías, Sistemas y Construcciones Ltda., cuyo objeto fue la “PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN REALIZAR LA AUDITORÍA EXTERNA A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA HUILA EMSERPLA E.S.P acorde con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; en cumplimiento del contrato el contratista deberá realizar los procesos presentados en la propuesta de cual se adjunta fotocopia como constancia”. El valor fue de \$11'136.000 y su duración por la vigencia del 2003.

**3.2.** Con fundamento en las anteriores pruebas, y para efectos de determinar si los contratos se celebraron con violación de la ley, teniendo en cuenta lo previsto en la sentencia de constitucionalidad del art. 51 de la ley 142, No. C-290 de 2002, debe advertirse que, conforme a la sentencia de esta Sección, del 24 de febrero de 2005 -exp. AP-1470-, la firmeza de la sentencia de la Corte Constitucional -la cual declaró la exequibilidad condicionada de la norma que obligaba a que las ESPD oficiales debían contratar una auditoria externa de gestión y resultados-, sólo comenzó a producir efectos a partir del 19 de julio de 2002.

Lo anterior se deduce de la copia del edicto remitido por la Secretaría General de esa Corporación, el cual fue fijado el 11 de julio de 2002 y desfijado el 15 de julio del mismo año. Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 331 del CPC. “Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas”.

Para la Sala resulta evidente, a partir de lo anterior, que antes de que estuviera en firme la sentencia C-290 de 2002 no podía imponerse su cumplimiento a ninguna empresa oficial de SPD, por la sencilla razón de que lo decidido aún no producía efectos.

Por tanto, los contratos cuestionados por el actor popular Nos. 002 de 2000, 020 de 2001, 015 de febrero 1 de 2002 y 031 de julio 1 de 2002 se celebraron válidamente, toda vez que la propia ley 142 lo autorizaba para esa fecha, antes de la declaratoria de constitucionalidad condicionada proferida por la Corte Constitucional.

**3.3.** De modo que todo el contrato No. 013 de 1 de enero de 2003, fue celebrado con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por esta razón la Sala deberá analizar si con su suscripción se violaron los derechos colectivos que el actor invoca como vulnerados.

**3.3.1. El derecho colectivo a la moralidad administrativa:** En otras oportunidades, la Sala ha reconocido que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución<sup>8</sup>.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, “cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir *a priori*, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas”<sup>9</sup>.

La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica, por esta razón, para definir su contenido, en un caso concreto, es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales, y las instituciones jurídicas, se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.

No existe una fórmula para evaluar la moralidad administrativa, por lo que su presunta vulneración debe ser analizada en cada caso concreto, a la luz de otros derechos o principios legales y constitucionales. Debe aclararse, sin embargo, que no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por lo que debe probarse la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos.

Ahora, para la Corte Constitucional, la moralidad, “en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. AP-170 de 2001; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2001, exp. AP-166

<sup>9</sup> *Ibíd.*

dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.”<sup>10</sup>

Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.

Considera la Sala, en relación con la moralidad administrativa, que en el caso concreto no se demostró que la empresa de servicios públicos del Municipio de la Plata Huila, haya obrado de mala fe, pretendido apartarse de los fines e intereses del Estado o de los principios que deben regir la función administrativa, como tampoco que su intención, al celebrar el contrato No. 013 de 2003, haya sido la de beneficiar intereses particulares o de terceros, luego por este aspecto la demanda no habrá de prosperar.

### **3.3.2 La violación al derecho o interés colectivo al patrimonio público.**

Por el contrario, la Sala considera que con la celebración del contrato No. 013 de 2003 se violó el derecho o interés colectivo al patrimonio público, por las siguientes razones:

En *primer lugar*, porque el artículo 51 de la ley 142 de 1994 dispuso que era obligatorio, para todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, contratar la auditoría de gestión y resultados con una empresa privada<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

<sup>11</sup> Dispone esta norma que "Artículo 51. Auditoría externa. Independientemente del control interno, todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas. Cuando una Empresa de Servicios Públicos quiera cambiar a sus auditores externos, deberá solicitar permiso a la Superintendencia, informándole sobre las causas que la llevaron a esa decisión. La Superintendencia podrá negar la solicitud mediante resolución motivada.

"No obstante cuando se presente el vencimiento del plazo del contrato las empresas podrán determinar si lo prorrogan o inician un nuevo proceso de selección del contratista, de lo cual informará previamente a la Superintendencia.

"El Superintendente de Servicios Públicos podrá, cada trimestre, solicitar a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios informes acerca de la gestión del auditor externo, y en caso de encontrar que éste no cumple a cabalidad con sus funciones, podrá recomendar a la empresa su remoción.

Este artículo fue demandado, en acción de inconstitucionalidad, con el argumento de que el control de gestión y resultados, sobre las entidades públicas, se encuentra en cabeza de las contralorías. Mediante la sentencia C-290 de 2002 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la norma censurada, con los siguientes argumentos:

**“Por lo tanto, respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, cuyo control fiscal se ejerce sin limitación alguna y en forma integral por los organismos competentes, dicho control operaría en forma concurrente con el control de gestión y de resultados ejercido por las auditorías externas que deben ser contratadas de manera obligatoria por todas las empresas de servicios públicos según el artículo bajo revisión. Cabe entonces preguntarse si tratándose de estas empresas de servicios públicos tal dualidad en el ejercicio del control de gestión y de resultados desconoce la función atribuida por la Constitución a los organismos de control fiscal.**

---

“La auditoría externa obrará en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios y, en consecuencia, está obligada a informar a la Superintendencia las situaciones que pongan en peligro la viabilidad financiera de una empresa, las fallas que encuentren en el control interno, y en general, las apreciaciones de evaluación sobre el manejo de la empresa. En todo caso, deberán elaborar además, al menos una vez al año, una evaluación del manejo de la entidad prestadora.

“Parágrafo 1°. Las Empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año.

“No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios:

“a) A criterio de la Superintendencia, las entidades oficiales que presten los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994, si demuestran que el control fiscal e interno de que son objeto satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. Las comisiones de regulación definirán de manera general las metodologías para determinar los casos en que las entidades oficiales no requieran de una auditoría externa;

“b) Las empresas de servicios públicos que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios;

“c) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;

“d) Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley o en zonas rurales;

“e) Las organizaciones autorizadas de que trata el artículo 15 numeral 15.4 de la Ley 142 de 1994 para la prestación de servicios públicos;

“f) Los productores de servicios marginales.

“Parágrafo 2°. En los municipios menores de categoría 5 y 6 de acuerdo con la Ley 136 de 1994 (Régimen Municipal), que sean prestadores directos de un servicio público domiciliario, las funciones de auditoría externa quedarán en cabeza del Jefe de la Oficina de Control Interno del municipio.

“Parágrafo 3°. La Superintendencia concederá o negará, mediante resolución motivada, el permiso al que se refiere el presente artículo”.

**“Para la Corte tal dualidad resulta inadmisibile** dada la exclusividad que la Carta le ha otorgado a los órganos de control fiscal para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración que incluye, entre otros, el control de gestión y de resultados (CP art. 267 inc 3). Exclusividad que encuentra su razón de ser en el carácter autónomo e independiente de los organismos que ejercen el control fiscal.” (Negrillas fuera de texto)

Según esta decisión, para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades publicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual<sup>12</sup>.

Por lo anterior la Sala estima que el contrato 013 contraviene la ley y la sentencia de constitucionalidad, porque tanto la norma juzgada como la decisión que condiciona su exequibilidad, forman una unidad que se integra al ordenamiento jurídico, formando un bloque, y haciéndose obligatorio su acatamiento, como si se tratara de un solo texto legal.

Además se debe tener en cuenta lo previsto en el inciso 1 del art. 243 de la CP, según el cual “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, de modo que su observancia es imperativa.

Puestas estas ideas en el contexto de la protección a los derechos colectivos, la Sala estima que se atenta contra el patrimonio público cuando una empresa oficial invierte recursos contratando un objeto idéntico al que tiene

---

<sup>12</sup> Precisa la Corte Constitucional, en la misma sentencia, que “Esta situación no se presenta con las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado en las que el control fiscal recae sobre la empresa pero se ejerce sobre los bienes, aportes, actos o contratos celebrados por el accionista o socio estatal, para lo cual los organismos de control cuentan con amplias facultades para examinar la documentación correspondiente. En efecto, al concurrir en estas empresas fondos o bienes privados dicha contratación se justifica a fin de efectuar un control de gestión y de resultados de manera integral, para que su labor se adelante de manera eficiente y eficaz consultando la función social que les ha asignado el constituyente (CP art. 333).”

asegurado mediante sus propias dependencias y funcionarios, en este caso, el servicio de control de gestión y resultados, el cual, por disposición constitucional - art. 267 CP-, se encuentra en cabeza de los órganos de control fiscal.

Celebrar este tipo de contratos implica, por lo menos, una redundancia en el objeto, pues la actividad la realiza, por obligación legal y con exclusividad -en palabras de la Corte Constitucional-, la contraloría respectiva.

En *segundo lugar*, y además de los argumentos expuestos en la sentencia de la Corte, según los cuales la contraloría ejerce el control exclusivo sobre las entidades oficiales, se debe recordar que las entidades estatales deben pagar al órgano de control fiscal una cuota de auditaje, establecida en la ley 617 de 2000<sup>13</sup>.

De modo que si la entidad oficial demandada debe pagar a la contraloría, por concepto del control de gestión y resultados que efectúa -entre otros sistemas de control que realiza-, no tiene sentido que se duplique este costo, haciendo pagos que resultan injustificados, si de la protección al patrimonio público se trata.

---

<sup>13</sup> Disponen dichas normas que: "Art. 9. Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

"En todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo."

**"Art. 11. Parágrafo.** Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización."

"En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo."

Además, el hecho de que el objeto del contrato sea más amplio resulta indiferente, en relación con la violación o no al patrimonio público, pues contratar dos veces una misma actividad afecta, sin duda, el patrimonio público, lo cual es suficiente para que se proteja el derecho colectivo invocado.

Por tanto, para la Sala es claro que no es posible que las empresas de servicios públicos oficiales celebren contratos para la realización del control de gestión y resultados con empresas privadas, pues, por razones constitucionales, este control es exclusivo de los órganos de control fiscal competentes.

#### **4. Amparo de los derechos colectivos frente a la actividad contractual del Estado que se rige por el derecho privado.**

Según lo analizado en el punto anterior, resulta clara la vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, dado que se celebró un contrato prohibido por el ordenamiento jurídico y con detrimento claro del patrimonio estatal.

Ahora bien, conforme al 34 de la ley 472 resulta posible anular un contrato siempre que se configure una causal de nulidad absoluta prevista por la ley, que en el proceso hayan intervenido las partes del contrato, y que además viole o amenace violar los derechos colectivos, como ocurre en el presente caso.

Para la Sala el art. 34 admite esta posibilidad, pues no establece un catálogo taxativo de medidas que deba adoptar el juez para proteger esta clase de derechos, sino que se trata de una serie de nociones cargadas semánticamente de conceptos jurídicos indeterminados<sup>14</sup>, que permiten encontrar, dentro de ellas, muchas posibilidades de acción para el juez.

Ahora bien conforme, con el artículo 1741 del Código Civil, las causas de nulidad absolutas son: objeto ilícito, causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la

---

<sup>14</sup> Este artículo dice que la sentencia contendrá "... una orden de hacer o de no hacer...", "exigir la realización de una conducta", entre otras cosas.

calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Las demás son nulidades relativas.

Para la Sala, al celebrarse el contrato No. 013 de 2003, se estipuló un objeto cuyo cumplimiento hace parte de las funciones propias de los órganos de control fiscal, lo que hace que el contrato adolezca de objeto ilícito, por lo cual se declarará su nulidad.

Ahora, en cuanto los efectos de esa sanción, y por tratarse de un contrato que se rigió por el derecho privado, el artículo 1525 del Código Civil dispone que:

**ARTICULO 1525. <ACCION DE REPETICION POR OBJETO O CAUSA ILICITA>. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.**

Una solución diferente se prevé para los contratos que se rigen por la ley 80 de 1993, en cuyo caso ha dicho la Sala que:

"En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas<sup>15</sup>."

Por tanto, en el presente caso únicamente se declara la nulidad del contrato, y dado que no hay lugar a ordenar las restituciones mutuas, conforme el anterior artículo citado, se advertirá a la empresa de servicios públicos para que

---

<sup>15</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 de 24 de noviembre de 2004, con radicación No. 25.560.

en adelante se abstenga de celebrar contratos como los analizados en este proceso.

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

### **FALLA**

**REVÓCASE** la sentencia del 27 de septiembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. En su lugar,

**PRIMERO. NIÉGANSE** las excepciones propuestas por la entidad demandada.

**SEGUNDO. ORDÉNASE** la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, solicitado por la parte actora.

**TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** la nulidad del contrato No. 013 del 1 de enero de 2003.

**CUARTO.** En lo sucesivo **ABSTÉNGASE** la demandada de seguir celebrando contratos de auditoría externa de gestión y resultados.

**QUINTO. RECONÓCESE** en favor de la parte actora, por concepto del incentivo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán pagados, por la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila.

**SEXTO. CONDÉNESE** en costas a la Empresas de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila.

**SÉPTIMO.** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, **REMÍTASE** copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo.”

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Presidente de la Sala

**ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ**

**RUTH STELLA CORREZA PALACIO**  
Salvó voto

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**ACCION POPULAR - Contrato. Anulación / CONTRATO ESTATAL - Anulación. Competencia / JUEZ POPULAR - Competencia**

Según la sentencia de la que me separo es procedente anular contratos estatales en sede popular, cuando quiera que además de generar amenaza o vulneración a un derecho o interés colectivo, estén incurso en causal de nulidad absoluta. Debo subrayar, ante todo, que el criterio que paso a exponer no discute la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. Lo que cuestiono es la

competencia del juez, en el juicio popular, para anular contratos estatales, por las siguientes razones: 1. La lectura de los artículos 9, 15, ordinal b) del 18 e inciso segundo del 40 de la ley 472 no permite deducir competencia alguna para anular contratos estatales en sede popular, de ellos tan sólo puede inferirse que un contrato estatal puede ser causante de una vulneración de un derecho o interés colectivo y frente a esas situaciones el juez cuenta con unas atribuciones muy amplias para hacer cesar esa vulneración o amenaza, pero no por la vía de la anulación del contrato estatal. 2. La definición del tema debe partir del análisis de la norma de competencia del juez popular -tanto en su tenor literal, como en la historia de su establecimiento- estudio que permite concluir la ausencia de atribución expresa para adoptar tal decisión. 3. Los móviles y finalidades de esta acción constitucional son totalmente ajenos a cualquier enjuiciamiento con propósitos anulatorios de contratos estatales, dado que escapan al ámbito de su competencia los fines restitutorios frente a particulares. 4. Si bien de acuerdo con el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1936) la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, el alcance de este precepto está circunscrito a que el juez que conozca del asunto tenga competencia para proferir declaraciones anulatorias y aquellas que le son connaturales como la disposición sobre restituciones mutuas. 5. El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que esta sola circunstancia permita comunicar al primero las competencias asignadas por ley al segundo. Si el criterio diferenciador entre las acciones lo es el contenido de las pretensiones que a través de ellas pueden ser invocada, no es posible que el juez a través de una acción determinada haga pronunciamientos que son propios de otra acción, a pesar de que el juez sea el mismo. 6. Por último, la tesis que expongo garantiza el respeto del artículo 29 Superior en tanto no se cambia al juez que el legislador ha definido previamente como el competente para anular el contrato estatal, que lo es de la acción relativa a controversias contractuales y no el de la acción popular, además de que busca mantener la seguridad jurídica en tanto atiende exigencias establecidas por el legislador tales como la legitimación en causa para demandar, o el señalamiento de términos para intentar la acción. En contraste, el criterio del cual disiento permite que por la vía de la acción popular el contrato estatal pueda demandarse por cualquier persona y en cualquier época.

**JUEZ - Principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Juez / COMPETENCIA - Juez / JUEZ - Competencia / JUEZ POPULAR - Competencia**

El juez, como todo servidor público, en cuanto hace a las atribuciones y facultades que le conciernen está sometido al principio de legalidad. De ahí que entre nosotros las competencias deben ser expresas, lo cual excluye de entrada la posibilidad de hablar de “competencias implícitas” o de “competencias por especialidad”, que podrían surgir del objeto o fin mismo del órgano, o si se quiere de la aplicación analógica de atribuciones, sobre la base del principio a majori ad minus (el que puede lo más puede lo menos) propio de las relaciones entre los particulares, construidas a partir de un principio antinómico al de la función pública: la autonomía de la voluntad. El precepto transcrito (artículo 34 de la ley 472) prevé cuatro tipos de medidas que el juez puede adoptar: (a) una orden de

hacer o no hacer; orden que definirá de manera precisa la conducta por cumplir con el fin de proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante; (b) condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo; (c) exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible; (d) prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.

FF: LEY 472 DE 1998 ARTICULO 34

**OBJETO ILICITO - Expresa prohibición. Inexistencia / AUDITORIA EXTERNA DE GESTION Y RESULTADOS - Objeto ilícito. Inexistencia / CUOTA DE AUDITAJE - Finalidad**

En la sentencia de la que disiento, después de concluir inexistencia de vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, se deduce -en cambio- vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, sobre el supuesto de que el contrato fue celebrado a pesar de existir expresa prohibición contenida en el fallo de constitucionalidad. Discrepo de tal aseveración porque entiendo, de un lado, i) que no existe prohibición para su celebración, y -de otro- ii) que con la misma no se causó detrimento al patrimonio público porque el objeto se ejecutó y utilizó, inclusive, por los organismos de control. En otros términos, el acuerdo contractual sometido a estudio del juez popular no carece de validez, al no quebrantarse prescripción normativa alguna, sino que por el contrario se avino al ordenamiento jurídico, en particular lo dispuesto por la regulación que al efecto expidió la Contraloría General de la República, en uso de sus atribuciones constitucionales propias de ente autónomo. Por lo demás, no puede afirmarse como lo hace la providencia de la que disiento que “no tiene sentido” que la entidad accionada tenga que pagar al órgano de control fiscal la cuota de auditaje prevista en el parágrafo del artículo 9 de la ley 617, cuando la propia Contraloría General de la República por vía general está no sólo admitiendo la posibilidad de celebrar contratos de auditoría externa de gestión y resultados por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sino que -además- está exigiendo -en un acto regulatorio que hace parte del derecho público de la nación- la remisión del informe de AEGR en caso de que se hubiese celebrado el contrato respectivo.

**RESTITUCIONES MUTUAS - Objeto ilícito. Repetición / PRESUNCION DE BUENA FE - Restituciones mutuas**

Finalmente, si -como dice la Sala- por tratarse de un contrato regido por el derecho privado, se aplica lo dispuesto en el artículo 1525 del C.C. y no la previsión contenida en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, en cuanto que no puede repetirse lo que se haya pagado por un objeto ilícito “a sabiendas”, me pregunto ¿obra en el expediente la prueba del proceder a sabiendas para aplicar la drástica sanción que se desprende de la regla del Código Civil?. Conviene observar que la buena fe se presumirá en todas las actuaciones que los

particulares adelanten ante las autoridades públicas conforme lo dispuesto por el artículo 83 del Ordenamiento Superior, presunción de buena fe que también se predica de las relaciones entre los particulares, conforme las voces de los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio.

FF: CODIGO CIVIL ARTICULOS 769, 1525; CODIGO DE COMERCIO ARTICULO 835; LEY 80 DE 1993 ARTICULO 48

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007)

**Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP)**

**Actor: MARIA NUBIA ZAMORA VARGAS**

**Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DEL MUNICIPIO DE LA PLATA Y OTROS**

**Referencia: ACCION POPULAR**

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Con todo respeto por la Sala me aparto de la decisión mayoritaria, adoptada en la sentencia de 22 de febrero de 2007, que revocó aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 27 de septiembre de 2005, la que a su vez negó las súplicas de la demanda.

Mi disentimiento con la providencia versa sobre dos aspectos del problema jurídico abordado por la Sala: i) Anulación de contratos estatales en sede popular y ii) La configuración de objeto ilícito en el contrato de AEGR del régimen de los servicios públicos domiciliarios.

I. Anulación de contratos estatales en sede popular

Según la sentencia de la que me separo es procedente anular contratos estatales en sede popular, cuando quiera que además de generar amenaza o vulneración a un derecho o interés colectivo, estén incursos en causal de nulidad absoluta, consideración que textualmente señala:

“En todo caso, vale la pena recalcar -desde el comienzo- que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución inejecución o mala o defectuosa ejecución, está siempre a cargo del actor, la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración a un derecho colectivo -de otra- pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial; no; la razón de ser de la acción constitucional es la protección de los derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probados en el proceso.”

Debo subrayar, ante todo, que el criterio que paso a exponer no discute la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. Lo que cuestiono es la competencia del juez, en el juicio popular, para anular contratos estatales, por las siguientes razones:

1. La lectura de los artículos 9, 15, ordinal b) del 18 e inciso segundo del 40 de la ley 472 no permite deducir competencia alguna para anular contratos estatales en sede popular, de ellos tan sólo puede inferirse que un contrato estatal puede ser causante de una vulneración de un derecho o interés colectivo y frente a esas situaciones el juez cuenta con unas atribuciones muy amplias para hacer cesar esa vulneración o amenaza, pero no por la vía de la anulación del contrato estatal.
2. La definición del tema debe partir del análisis de la norma de competencia del juez popular -tanto en su tenor literal, como en la historia de su establecimiento-

estudio que permite concluir la ausencia de atribución expresa para adoptar tal decisión.

2.1. El juez, como todo servidor público, en cuanto hace a las atribuciones y facultades que le conciernen está sometido al *principio de legalidad*. De ahí que entre nosotros las competencias deben ser expresas, lo cual excluye de entrada la posibilidad de hablar de “competencias implícitas” o de “competencias por especialidad”<sup>16</sup>, que podrían surgir del objeto o fin mismo del órgano, o si se quiere de la aplicación analógica de atribuciones, sobre la base del principio a *majori ad minus* (el que puede lo más puede lo menos) propio de las relaciones entre los particulares, construidas a partir de un principio antinómico al de la función pública: la autonomía de la voluntad.

El artículo 34 de la ley 472 ordena:

“Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a (sic) cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular:” (subrayas fuera de texto original)

El precepto transcrito prevé cuatro tipos de medidas que el juez puede adoptar: (a) una orden de hacer o no hacer; orden que definirá de manera precisa la conducta por cumplir con el fin de proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante; (b) condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo

---

<sup>16</sup> GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1999, p. VIII-30.

a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo; (c) exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible; (d) prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.

En lo que dice relación al primer y tercer supuestos previstos por la norma en comento, configuran situaciones muy similares, se trata en uno y otro caso, de típicos preceptos de un carácter eminentemente imperativo: “orden de hacer o no hacer” y “exigir la realización de conductas...”. Estos dos segmentos normativos del texto legal aunque le brindan al juez un repertorio amplio de competencias, y así debe ser en tanto la protección efectiva de los derechos e intereses colectivos lo demande toda vez que su naturaleza especial de entrada impide que el legislador prevea todos y cada uno de los eventos posibles en caso de arribar a una sentencia condenatoria, lo cierto es que el juez no puede ampliar *motu proprio*, sin infracción del principio de legalidad, esas competencias imperativas al terreno de las declaraciones sobre la legalidad de los actos causantes de la vulneración o amenaza de esos derechos, porque al hacerlo desbordaría sus competencias desconociendo una norma procesal que, huelga decirlo, es de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. de P. C.

Según su sentido natural y obvio (art. 28 C.C.) el elemento definidor de la *orden* estriba en el mandamiento, precepto o previsión de obligatorio cumplimiento de carácter especial, concreto y personal<sup>17</sup> expedido por un Tribunal que obliga a desplegar a su destinatario conductas de hacer o no hacer en un caso particular y concreto. Una *orden* configura un acto típico de imposición de deberes de hacer, no hacer o de padecer<sup>18</sup>, que entraña una prescripción imperativa de ejecutar u omitir determinada acción. De allí que una *orden* no pueda asimilarse a una

---

<sup>17</sup> ESPASA CALPE, Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1997, p. 702.

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Estudios sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario, REDA, núm. 5, pp. 203 y ss.

previsión de carácter general universal y permanente, como lo sería una declaración de anulación de un contrato.<sup>19</sup>

2.2. En los antecedentes de la norma tampoco se advierte intención alguna del legislador de otorgar competencias anulatorias del contrato estatal al juez popular.<sup>20</sup>

3. Los móviles y finalidades de esta acción constitucional son totalmente ajenos a cualquier enjuiciamiento con propósitos anulatorios de contratos estatales, dado que escapan al ámbito de su competencia los fines restitutorios frente a particulares. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2 inc. 2º, 9 y 17 de la ley 472, los fines, móviles o motivos de la acción popular son estrictamente preventivos e impeditivos, excepcionalmente, según los términos del artículo 34 *eiusdem*, serán indemnizatorios, pero únicamente a favor de la entidad pública no culpable encargada de velar por el derecho o interés colectivo. De ahí que no sea propio de esta acción constitucional ordenar el restablecimiento de los derechos subjetivos, ni menos la reparación de perjuicios al particular afectado.

4. Si bien de acuerdo con el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1936)<sup>21</sup> la nulidad absoluta puede y debe ser declarada

---

<sup>19</sup>En términos jurídicos generales, el mandato del superior que debe ser obedecido, ejecutado y cumplido por los inferiores o subordinados (...) Mandamiento expedido por un Tribunal" CABANELLAS, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, Editorial Heliasta, Tomo V, 20ª edición, Buenos Aires, 1986, p. 690, en el mismo sentido CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994, p. 282 y 283.

<sup>20</sup> Cfr. GACETA DEL CONGRESO No. 493, año IV, jueves 28 de diciembre de 1995; GACETA DEL CONGRESO No. 198, Año V, martes 28 de mayo de 1996; Proyectos de ley números 005 de 1995, 024 de 1995 y 084 de 1995 Cámara acumulados, número 10 de 1996 Senado, Senador Héctor Helí Rojas Jiménez en GACETA DEL CONGRESO, No.498, año V, jueves 7 de noviembre de 1996, p. 6 y 11. Texto aprobado sin modificaciones en primer debate en Senado, vid. GACETA DEL CONGRESO No. 11, Año VI, lunes 3 de febrero de 1997, p. 43.

<sup>21</sup> “[la] Sala ha precisado y hoy lo reitera que ‘...el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1ª. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. 2ª. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3ª. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse sino con la audiencia de todos los que la celebraron’ (Se subraya; CLXV, 56, CCXL, 553; Vid: cas. civ. 10 de septiembre de 2001, Exp. 5961)”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Sentencia de 25 de julio de 2005, Referencia: Expediente 20915, , M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En el mismo sentido CORTE SUPREMA DE

por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, el alcance de este precepto está circunscrito a que el juez que conozca del asunto tenga competencia para proferir declaraciones anulatorias y aquellas que le son connaturales como la disposición sobre restituciones mutuas.

La declaración de nulidad del contrato, impone al juez el pronunciamiento sobre las restituciones a que haya lugar, declaraciones que por encerrar el carácter de restitutorias para las partes del contrato anulado, escapan a la competencia del juez popular. Y la solución no es simplemente anular el contrato y dejar pendiente el tema de las restituciones, porque al esquema al que obedecen las acciones establecidas en el Código Contencioso Administrativo, le es extraña alguna destinada a tal fin, para cuando se haya anulado el contrato.<sup>22</sup>

5. El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que esta sola circunstancia permita comunicar al primero las competencias asignadas por ley al segundo. Si el criterio diferenciador entre las acciones lo es el contenido de las pretensiones que a través de ellas pueden ser invocada, no es posible que el juez a través de una acción determinada haga pronunciamientos que son propios de otra acción, a pesar de que el juez sea el mismo.

6. Por último, la tesis que expongo garantiza el respeto del artículo 29 Superior en tanto no se cambia al juez que el legislador ha definido previamente como el competente para anular el contrato estatal, que lo es de la acción relativa a

---

JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Referencia: Expediente No. 7582, M. P. José Fernando Ramírez Gómez; Sentencia de 13 de mayo de 2003, Ref: Expediente No. 6760, M. P. Cesar Julio Valencia Copete; Sentencia de 28 de septiembre de 2004, Referencia: Expediente No. C-7896, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; Sentencia de 25 de abril de 2003, Referencia: Expediente No. 7140, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez; Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Ref: Expediente Nro. 6849, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Sentencia de abril 10 de 1996, Referencia: Expediente No. 4414, M. P. Rafael Romero Sierra; Sentencia de 20 de abril de 1998, Referencia: Expediente No. 4839, M. P. Nicolás Bechara Simancas; Sentencia de 10 de octubre de 1995, Ref: Expediente No. 4541; M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>22</sup> El Consejo de Estado inclusive se ha inclinado por la procedencia de la disposición sobre restituciones, cuando la nulidad del contrato es producto de la excepción. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Referencia: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda, Demandado: Hospital Militar Central, C.P. German Rodríguez Villamizar.

controversias contractuales y no el de la acción popular, además de que busca mantener la seguridad jurídica en tanto atiende exigencias establecidas por el legislador tales como la legitimación en causa para demandar, o el señalamiento de términos para intentar la acción. En contraste, el criterio del cual disiento permite que por la vía de la acción popular el contrato estatal pueda demandarse por cualquier persona y en cualquier época.

II. La configuración de objeto ilícito en el contrato de AEGR del régimen de los servicios públicos domiciliarios.

A juicio de la Sala, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C 290 de 2002, de observancia imperativa según el inciso primero del artículo 243 Constitucional, la celebración por parte del demandado del contrato de auditoría externa No. 13 de enero de 2003 en tanto el objeto convenido hace parte del cumplimiento de las funciones propias de los órganos de control fiscal, comporta que “el contrato adolezca de objeto ilícito”, al tiempo que acarrea la violación del derecho colectivo al patrimonio público e impone, en consecuencia, la declaración de nulidad del mismo. Dice la providencia de la que me aparto:

“Según esta decisión [Sentencia C 290 de 2002 de la Corte Constitucional], para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades públicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual<sup>23</sup>.

“Por lo anterior la Sala estima que el contrato 013 contraviene la ley y la sentencia de constitucionalidad, porque tanto la norma juzgada

---

<sup>23</sup> Precisa la Corte Constitucional, en la misma sentencia, que “Esta situación no se presenta con las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado en las que el control fiscal recae sobre la empresa pero se ejerce sobre los bienes, aportes, actos o contratos celebrados por el accionista o socio estatal, para lo cual los organismos de control cuentan con amplias facultades para examinar la documentación correspondiente. En efecto, al concurrir en estas empresas fondos o bienes privados dicha contratación se justifica a fin de efectuar un control de gestión y de resultados de manera integral, para que su labor se adelante de manera eficiente y eficaz consultando la función social que les ha asignado el constituyente (CP art. 333).”

como la decisión que condiciona su exequibilidad, forman una unidad que se integra al ordenamiento jurídico, formando un bloque, y haciéndose obligatorio su acatamiento, como si se tratara de un solo texto legal.

“Además se debe tener en cuenta lo previsto en el inciso 1 del art. 243 de la CP, según el cual “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, de modo que su observancia es imperativa.

“Puestas estas ideas en el contexto de la protección a los derechos colectivos, la Sala estima que se atenta contra el patrimonio público cuando una empresa oficial invierte recursos contratando un objeto idéntico al que tiene asegurado mediante sus propias dependencias y funcionarios, en este caso, el servicio de control de gestión y resultados, el cual, por disposición constitucional -art. 267 CP-, se encuentra en cabeza de los órganos de control fiscal.

“Celebrar este tipo de contratos implica, por lo menos, una redundancia en el objeto, pues la actividad la realiza, por obligación legal y con exclusividad -en palabras de la Corte Constitucional-, la contraloría respectiva.

“En *segundo lugar*, y además de los argumentos expuestos en la sentencia de la Corte, según los cuales la contraloría ejerce el control exclusivo sobre las entidades oficiales, se debe recordar que las entidades estatales deben pagar al órgano de control fiscal una cuota de auditaje, establecida en la ley 617 de 2000<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Disponen dichas normas que: “Art. 9. Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

“En todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.”

**“Art. 11. Parágrafo.** Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.”

“En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.”

“De modo que si la entidad oficial demandada debe pagar a la contraloría, por concepto del control de gestión y resultados que efectúa -entre otros sistemas de control que realiza-, no tiene sentido que se duplique este costo, haciendo pagos que resultan injustificados, si de la protección al patrimonio público se trata.

“Además, el hecho de que el objeto del contrato sea más amplio resulta indiferente, en relación con la violación o no al patrimonio público, pues contratar dos veces una misma actividad afecta, sin duda, el patrimonio público, lo cual es suficiente para que se proteja el derecho colectivo invocado.

“Por tanto, para la Sala es claro que no es posible que las empresas de servicios públicos oficiales celebren contratos para la realización del control de gestión y resultados con empresas privadas, pues, por razones constitucionales, este control es exclusivo de los órganos de control fiscal competentes.”

No concluyo como lo hace la sentencia, que con la celebración del contrato de auditoría externa y gestión de resultados-AEGR No 013 suscrito el 1 de julio de 2002 entre EMSERPLA E.S.P. y la empresa Asesorías, Sistemas y Construcciones Ltda., luego de proferida la sentencia C 290 de 2002 de la Corte Constitucional, se haya vulnerado el derecho o interés colectivo al patrimonio público.

Frente a los alcances de la Sentencia C 290 de 2002 se han hecho dos lecturas disímiles, que permiten o impiden la celebración, por parte de prestadores estatales, de contratos de AEGR. Esas interpretaciones han sido las siguientes:

- i) Una que se fundamenta en lo expuesto en la parte motiva del fallo de constitucionalidad, conforme a la cual es incompatible el control fiscal a cargo de las Contralorías con la contratación de auditorías externas de gestión y resultados AEGR por parte de prestadores de servicios públicos de carácter estatal, dicha contratación en adelante está prohibida, y al estarlo habría objeto ilícito en caso de celebrarse, al ir contra lo decidido por la justicia constitucional;
- ii) La otra interpretación se atiene a la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad y señala que luego de este pronunciamiento la celebración de contratos de auditoría externa de gestión y resultados-AEGR por parte de prestadores de servicios públicos estatales, dejó de ser obligatoria pero en modo

alguno está prohibida, como para generar un vicio de nulidad absoluta del contrato.

En la sentencia de la que disiento, después de concluir inexistencia de vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, se deduce -en cambio- vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, sobre el supuesto de que el contrato fue celebrado a pesar de existir expresa prohibición contenida en el fallo de constitucionalidad. Discrepo de tal aseveración porque entiendo, de un lado, i) que no existe prohibición para su celebración, y -de otro- ii) que con la misma no se causó detrimento al patrimonio público porque el objeto se ejecutó y utilizó, inclusive, por los organismos de control.

1. En efecto, estimo que no se ha configurado causal de nulidad absoluta en el *sub lite* en tanto “*se celebró un contrato prohibido por el ordenamiento jurídico y con detrimento claro del patrimonio estatal*”, habida cuenta que es perfectamente razonable interpretar que luego de la sentencia C 290 de 2002, los prestadores de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal si bien no están obligados a contratar AEGR, tampoco les resulta prohibido celebrarlo por las leyes (art. 1523 del C.C).

Así se desprende del condicionamiento que se consignó en la parte resolutive del fallo, conforme al cual:

“Sexto. Declarar EXEQUIBLE la siguiente expresión del artículo 6° de la Ley 689 de 2001: ‘todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas’, bajo el entendido que tal obligación no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial.”. (se subraya)

De modo que el condicionamiento se consignó expresamente en la parte resolutive y según el mismo no es obligatoria la contratación de AEGR en tratándose de prestadores estatales, pero en modo alguno la prohibió. Y por lo mismo, los efectos de *cosa juzgada constitucional* (arts. 243 C.N. y 48 LEAJ) se predicán de lo dispuesto claramente por la parte resolutive. Y no puede afirmarse -como lo hace la Sala- que en este caso no puede entenderse el dispositivo de la sentencia sin hacer alusión a los conceptos de la parte motiva, toda vez que la decisión consignada en aquel con claridad meridiana señala que el

condicionamiento se hace “*bajo el entendido que tal obligación no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial*”.

Dos circunstancias tornan innecesario “*interpretar*” -como lo hace la mayoría- los alcances del fallo, para deducir de esa interpretación del condicionamiento de constitucionalidad que el contrato hace parte de aquellos prohibidos por el ordenamiento jurídico: i) En primer lugar el condicionamiento está expresamente previsto en la parte resolutive, lo que releva de hacer interpretaciones extensivas de lo allí previsto, recurriendo a la parte considerativa del fallo de constitucionalidad; ii) No sólo está previsto en forma inequívoca en el resuelve, sino que su sentido es claro: no es obligatoria la contratación de AEGR.

No está demás advertir que según el inciso final del artículo 14 del decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, en todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo de constitucionalidad, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive

De ahí que el contrato enjuiciado no contraviene el derecho público de la nación en los términos del artículo 1519 del Código Civil, y por lo tanto con la celebración del mismo no se configuró causal de nulidad absoluta del negocio jurídico proveniente de objeto ilícito (1741 C.C.) y por lo mismo no aplica la consecuencia que impone la ley en estos casos, concretamente el artículo 1525 *eiusdem*.

En otros términos, el acuerdo contractual sometido a estudio del juez popular no carece de validez, al no quebrantarse prescripción normativa alguna, sino que por el contrario se avino al ordenamiento jurídico, en particular lo dispuesto por la regulación que al efecto expidió la Contraloría General de la República, en uso de sus atribuciones constitucionales propias de ente autónomo.

2. Por otra parte, si el objeto del contrato de auditoría externa-AEGR se ejecutó, no hay lugar a afectación al patrimonio público. Así lo había señalado la Sala, en un asunto similar al que esta oportunidad se decidió:

“Como se concluyó que la celebración del contrato de AEGR se debió a una interpretación jurídica de una sentencia de la Corte Constitucional, tal actuación no es, entonces, atribuible al capricho de la entidad accionada y del contratista, y el deterioro del patrimonio público que se acusa no se advierte pues -por el contrario- quedó acreditado que se recibió a satisfacción el servicio que fue contratado según se desprende del extenso informe que obra en los cuadernos de pruebas”<sup>25</sup>

Y a mi juicio no puede concluirse detrimento del patrimonio público como consecuencia de lo pagado con ocasión de tal contrato, en la medida en que la Contraloría General de la República, órgano autónomo (arts. 113, 117 y 267 C.N.<sup>26</sup>, art. 1º ley 42 de 1993) que ejerce la función pública de control fiscal (art. 119 C.P., art. 4º ley 42 de 1993), por vía general dispuso que las empresas de servicios públicos oficiales y las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, en el informe final de la cuenta consolidada que tiene que rendirse a ése órgano de control deben incluir un informe completo de la AEGR.

En efecto, el Contralor General de la República, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, expidió la Resolución Orgánica 5544 de diciembre 17 de 2003<sup>27</sup>, por la cual se reglamentó la rendición de cuentas, su revisión y se unificó la información que se presenta a la Contraloría General de la República. En el título II al regular el contenido de la cuenta consolidada por entidad, en particular en el capítulo I dedicado, entre otras, a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, al establecer el contenido del informe final que deben presentar aquellas incluyó en su numeral 3º el “[i]nforme completo

---

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de la Sección Tercera 26 de enero de 2006, Actor: Luis Enrique Poveda Perdomo, Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y otro, Radicación número: AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>26</sup> La función fiscalizadora es una faceta de la función de control, la cual fue encomendada por la Constitución a un ente autónomo, Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe Ponencia, Estructura del Estado, Gaceta Constitucional No. 59, jueves 25 de abril de 1991, Informe Ponencia Control Fiscal, Gaceta Constitucional No. 53, abril 18 de 1991.

<sup>27</sup> DIARIO OFICIAL No. 45.413, 27 de diciembre de 2003.

*de auditoría externa, en caso de que se haya contratado, durante la vigencia o período fiscal que se rinde” y añadió “este informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos”.*

A su vez, en el capítulo II del mismo Título I de la Resolución en cita, atinente - entre otras- a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, en el artículo 30 al regular el contenido del informe final igualmente previó en el numeral 5º que debía presentarse “[i]nforme completo de auditoría externa, en caso de que se haya contratado, durante la vigencia o período fiscal que se rinde” y agregó que “este informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos”.

No debe perderse de vista que la referida Resolución Orgánica 5544 de 2003, que actualmente se encuentra vigente y que en esta materia no ha sido objeto de modificación<sup>28</sup> (subrayo), fue expedida por el Contralor General de la República en ejercicio de su “*función reglamentaria de orden superior*” -como la denomina la jurisprudencia constitucional<sup>29</sup>- de i) prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos, o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse; ii) dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial (numerales 1 y 12 del artículo 268 de la Constitución Política).

Por otra parte, también es importante subrayar que la “*potestad de normación*” - propia de los entes autónomos como ha dicho la Corte Constitucional-<sup>30</sup> y que sirvió de base al Contralor General de la República para expedir el citado acto administrativo general, tiene fundamento legal, como que el artículo 16 de la ley

---

<sup>28</sup> Este acto administrativo general ha sido modificado parcialmente pero no en el punto que se comenta (ver Resolución Orgánica 5580 de 2004; Resolución Orgánica 5594 de 2004; Resolución Orgánica 5674 de 2005; Resolución Orgánica 5714 de 2006; Resolución Orgánica 5771 de 2006 y Resolución 5799 de 2006, todas disponibles en [www.contralorigen.gov.co](http://www.contralorigen.gov.co))

<sup>29</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 534 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido Sentencia C 037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 832 de 2000 y C 384 de 2003.

42 de 1993<sup>31</sup> estableció que el Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas y *prescribirá* los métodos, formas y plazos para ello; en consonancia con este mandato legal, el artículo 35 del decreto ley 267 de de 2000<sup>32</sup> prevé dentro de las funciones del Contralor General de la República la de fijar las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, del control fiscal y de las demás funciones asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución y la ley.

Conviene observar que según las voces del artículo 6º de la ley 42 de 1993 las disposiciones dictadas por el Contralor General de la República, en ejercicio de esta facultad de regulación administrativa, *“primarán en materia de control fiscal sobre las que puedan dictar otras autoridades”*,<sup>33</sup> función que según los términos del artículo 29 del decreto ley 267 de 2000 no se puede delegar.

En armonía con estos mandatos, el Contralor expidió la Resolución Orgánica 14766 de 1993, en la que se reglamentó el procedimiento para la emisión de las diferentes resoluciones expedidas por ese ente autónomo, acto administrativo que fue subrogado por la Resolución Orgánica 5706 de 30 de diciembre de 2005, para ajustarlo a la nueva estructura orgánica adoptada mediante el decreto ley 267 de 2000. En este último acto administrativo se definió en el artículo 3º a la resolución orgánica como *“aquella de carácter general y abstracto expedida por el Contralor General en desarrollo de la Constitución Política o la ley, que establece políticas y directrices para el ejercicio de la función pública de vigilancia y control fiscal, y las que adecúan (sic) la estructura interna de la Entidad, conforme lo dispuesto por los numerales 1º y 12º del artículo 268 de la Constitución Política, Decreto ley*

---

<sup>31</sup>Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, en DIARIO OFICIAL No. 40.732 de 27 de enero de 1993.

<sup>32</sup> Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones, en DIARIO OFICIAL No. 43905 de 22 de febrero de 2000.

<sup>33</sup> Sobre la competencia normativa de las Contralorías ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 3880, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 543 de 1993, M.P. Morón, Sentencia C 037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

267 de 2000 y demás disposiciones aplicables a la Contraloría General de la República”.

La Resolución Orgánica 5544 de 2003 es, entonces, una normatividad jurídica emanada de un ente autónomo constitucional en ejercicio de sus competencias normativas, y por lo mismo goza de ejecutoriedad y está amparada por la presunción de legalidad que ostentan todos los *actos administrativos de contenido normativo*, o lo que es igual, es obligatoria mientras no haya sido anulada o suspendida (arts. 62 y 66 del C.C.A.), autoridad del acto que es inmanente a su naturaleza como señala Forsthoff: “[e]l acto administrativo no es únicamente una concretización de normas jurídicas referidas a un determinado supuesto de hecho. Su validez y eficacia no radica sólo en ser emanación de las leyes, sino en la propia autoridad que es inmanente al acto administrativo”<sup>34</sup>.

Ahora bien, la citada Resolución Orgánica 5544 de 2003 en el artículo 28 deja en evidencia que la propia Contraloría, a la postre destinataria directa de la Sentencia C 290 de 2002, también entendió que la AEGR no era obligatorio contratarla, pero que no estaba prohibido hacerlo, y por ello previó la utilización de los informes rendidos con ocasión de la ejecución de esos contratos, como una herramienta para el ejercicio del control fiscal, en tanto que incluyó dentro del contenido del informe final que deben rendir las empresas de servicios públicos oficiales y las empresas industriales y comerciales del Estado prestatarias de dichos servicios un *“informe completo de auditoría externa [AEGR], en caso de que se haya contratado, durante la vigencia fiscal que se rinde; éste informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos”* (se subraya, art. 28 de la Resolución Orgánica 554 de 2003).

Nótese que dicho acto administrativo fue expedido con posterioridad al citado fallo C 290 de 2002 de la Corte Constitucional, no sólo de su fecha de expedición: 23 de abril de 2002, sino también con posterioridad a su firmeza, esto es el 19 de

---

<sup>34</sup> FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.337 y ss.

julio de 2002<sup>35</sup>, lo cual significa que el Contralor General de la República casi un año y 5 meses después (17 de diciembre de 2003) de la ejecutoria del fallo de constitucionalidad -que estima infringido el actor popular- ordenó a los prestadores de servicios públicos estatales el deber de remitir el informe de AEGR, en caso de que se hubiese celebrado el respectivo contrato.

¿Cómo podría afirmarse que se está infringiendo el derecho colectivo al patrimonio público, si la propia Contraloría General de la República -destinataria directa del fallo de constitucionalidad C 290 de 2002- dispuso por vía general, en uso de sus competencias constitucionales y legales y con posterioridad a dicho pronunciamiento de constitucionalidad, en acto administrativo general hoy vigente, que debía remitirse el informe de AEGR en caso de que se hubiese celebrado el contrato respectivo y además se sirvió de esos informes, para el cumplimiento de la función de control que le corresponde?

Dicho de otra manera, a mi juicio no puede haber infracción de derecho colectivo alguno si el demandado se limita a dar cumplimiento de lo ordenado por vía general por las autoridades constitucional y legalmente habilitadas para regular una materia. Así lo había precisó la Sala en oportunidad anterior:

“Adicionalmente, la misma Contraloría General de la República en la Resolución Orgánica 5544 de 17 de diciembre de 2003<sup>36</sup>, esto es luego de que quedara en firme la Sentencia C 290 de 2002, al reglamentar por vía general la rendición de cuenta por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, previó en su artículo 28 que el informe final que deben presentar dichas entidades debía incluir: *‘3. Informe completo de auditoría externa, en caso de que se haya contratado, durante la vigencia o*

---

<sup>35</sup> “según consta en la copia del edicto remitido por la Secretaría General de esa Corporación, el edicto por el cual se notificó la Sentencia C 290 de 2002 fue fijado el 11 de julio y desfijado el 15 de julio del mismo año (fls. 254 y 255 C. ppal.) y conforme lo dispuesto por el artículo 331 del C. de P. C. “Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas”. Así, en la medida en que antes de la firmeza de la sentencia de constitucionalidad tantas veces citada, no podía imponerse su cumplimiento a ninguna persona.”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra, en el mismo sentido Sentencia de 26 de enero de 2006, Actor: Luis Enrique Poveda Perdomo, Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Otro, Radicación número: AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, C.P Ruth Stella Correa Palacio

<sup>36</sup> En [www.contraloriagen.gov.co](http://www.contraloriagen.gov.co)

*período fiscal que se rinde; este informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos'* (subrayas de la Sala)<sup>37</sup>. De modo que la propia Contraloría General de la República en usos de sus competencias regulatorias indicó a sus vigilados, entre ellos a las ESP Oficiales, que era menester hacer llegar, de haberse contratado, el informe del auditor externo el cual debe presentarse '*en los términos contractuales respectivos*'.

“En tal virtud, la Contraloría General de la República (en un acto administrativo de carácter general) parece adoptar una posición en el sentido que la contratación de asesorías externas de gestión y resultados luego de ejecutoriado el fallo de marras, no se tornó prohibido sino optativo.

“En definitiva, aunque está acreditado que se celebró un contrato de AEGR con posterioridad al fallo sobre la materia de la Corte Constitucional, esta sola circunstancia no se erige en prueba de la vulneración, por parte de los demandados, al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. Correspondía, al actor popular de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la ley 472 de 1998 la carga de la prueba tendiente a demostrar que la vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados provenía de la sola celebración del contrato de AEGR y no podía reducirse a señalar que este se suscribió luego de ejecutoriado el fallo de la Corte Constitucional, sin acreditar que su sola suscripción acarrearba detrimento patrimonial.”<sup>38</sup> (subrayado original)

Por lo demás, no puede afirmarse como lo hace la providencia de la que disiento que “no tiene sentido” que la entidad accionada tenga que pagar al órgano de control fiscal la cuota de auditaje prevista en el parágrafo del artículo 9 de la ley 617, cuando la propia Contraloría General de la República por vía general está no sólo admitiendo la posibilidad de celebrar contratos de auditoría externa de gestión y resultados por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sino que -además- está exigiendo -en un acto regulatorio que hace parte del derecho público de la nación- la remisión del informe de AEGR en caso de que se hubiese celebrado el contrato respectivo.

---

<sup>37</sup> Disposición modificada parcialmente por la Resolución Orgánica 5594 de julio 28 de 2004 pero sólo en punto de los formatos de que trata la norma.

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de enero de 2006, Actor: Luis Enrique Poveda Perdomo, Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Otro, Radicación número: AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

Finalmente, si -como dice la Sala- por tratarse de un contrato regido por el derecho privado, se aplica lo dispuesto en el artículo 1525 del C.C. y no la previsión contenida en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, en cuanto que no puede repetirse lo que se haya pagado por un objeto ilícito “*a sabiendas*”, me pregunto ¿obra en el expediente la prueba del proceder *a sabiendas* para aplicar la drástica sanción que se desprende de la regla del Código Civil?. Conviene observar que la buena fe se presumirá en todas las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas conforme lo dispuesto por el artículo 83 del Ordenamiento Superior, presunción de buena fe que también se predica de las relaciones entre los particulares, conforme las voces de los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio.

Estas razones me llevan a concluir que debió optarse por confirmar la decisión del *a quo*, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

*Fecha ut supra.*

RUTH STELLA CORREA PALACIO