

Interpretación de los fallos de constitucionalidad condicionada:

EL CASO DE LAS AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*

In memoriam Profesor GUILLERMO LOZANO ESCOBAR

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE¹
gsanchezluque@yahoo.fr

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto formular una primera aproximación a la posibilidad de interpretar la nueva norma resultante de un fallo de constitucionalidad condicionada, en tanto fuente formal del derecho. Para este propósito se examinará la Sentencia C-290 de 2002 de la Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad condicionada de la contratación de auditorías externas de gestión y resultados (AEGR) por parte de las empresas de servicios públicos oficiales. En la primera parte se expondrá el marco constitucional y legal de las auditorías externas de gestión y resultados, así como de las atribuciones a su cargo, lo mismo que los fallos de constitucionalidad proferidos al respecto. En la segunda parte, se referirán los pronunciamientos del Consejo de Estado, en sede de acciones populares, emitidos con posterioridad al condicionamiento de constitucionalidad fijado por la Corte Constitucional y que analizaron si era procedente o no su contratación por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales.

Palabras clave: Superintendencia de servicios de públicos domiciliarios, auditorías externas de gestión y resultados- AEGR, control de gestión de los servicios públicos domiciliarios, eficiencia en la prestación de los servicios públicos, control fiscal de empresas de servicios públicos oficiales, divulgación y notificación de los fallos de constitucionalidad, vinculación de los comunicados de prensa de la Corte Constitucional, sentencias de constitucionalidad moduladas, cosa juzgada constitucional, interpretación de los fallos de constitucionalidad condicionados.

ABSTRACT

This article aims to make a first approximation to the possibility of interpreting the new rule resulting from a failure of constitutionality depends, in both formal source of law. For this purpose will review the sentence C 290 of 2002 which declared the enforceability of the conditional hiring of external audits and management results (AEGR) from official public utilities. The first part will present the constitutional and legal

framework of external audits and management results, as well as the powers of his office, as well as judgments proffered constitutionality of the matter. In the second part will examine the pronouncements of the State Council, the seat of popular actions, which occurred after the conditioning of constitutionality set by the Constitutional Court and discussed whether it was appropriate or not their recruitment by public service providers domiciliary official.

Key words: Superintendent of domiciliary public services, external audits of management and results- AEGR, management control of domiciliary public services, efficiency in the delivery of public services, fiscal control of public utilities official, disclosure and reporting the rulings of constitutionality, linking the press releases of the Constitutional Court rulings of constitutionality modulated, res judicata constitutional, interpretation of the rulings of constitutionality conditioned.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LAS AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS-AEGR Y SU ROL DE APOYO A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
 - A. El carácter constitucional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
 - B. Los pronunciamientos de constitucionalidad sobre el control de gestión a cargo de las auditorías externas de gestión y resultados- AEGR
- II. ¿LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ES-

TATALES PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS DE AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS-AEGR?

- A. Primera interpretación de la sentencia C-290 de 2002: Los contratos de AEGR no son obligatorios pero tampoco fueron prohibidos por el fallo de constitucionalidad modulado
- B. Segunda interpretación de la sentencia C-290 de 2002: Los contratos de AEGR fueron prohibidos por el fallo de constitucionalidad modulado

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En un contexto constitucional y legal en el que la prestación de los servicios públicos abandonó definitivamente el carácter de función administrativa, cobran especial importancia las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos concebidos como instrumentos para la intervención estatal en este ámbito de la economía. La implantación en el derecho colombiano de un "nuevo servicio público" trae aparejada la intervención del Estado a través de la regulación y el control, los más caracterizados instrumentos de policía administrativa, con el objeto de garantizar las bondades de un mercado en competencia tanto a prestadores como a consumidores.

Las auditorías externas de gestión y resultados- AEGR fueron concebidas como un elemento fundamental de apoyo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, órgano de control de naturaleza

constitucional, en orden a que ésta pudiera cumplir sus funciones de manera eficiente², en la medida en que le permiten advertir problemas de gestión empresarial, valorar el cumplimiento de los resultados previstos por las normas, planes y programas (num. 3.4 del artículo 3 de la Ley 142 de 1994) y, en fin, alertar sobre situaciones que eventualmente pongan en riesgo la solidez financiera y la prestación del servicio, teniendo en consideración los criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio definidos por las Comisiones de Regulación (arts. 52 y 73.3 de la Ley 142 de 1994).

Con esta perspectiva, la Ley 689 de 2001 -que lejos de ser una reforma radical de la Ley 142 de 1994 pues se limitó a introducir algunos ajustes al modelo de inspección, vigilancia y control- pretendió consolidar el esquema de colaboración de las auditorías externas, con el propósito de fortalecer el control técnico y de gestión sobre los prestadores³, para que *"la Superintendencia cuente con información suficiente y oportuna relativa a la gestión de sus vigiladas y así advertir posibles circunstancias que lleguen a poner en peligro la prestación misma del servicio, sin -por supuesto- interferir en la independencia propia de la administración de los prestadores"*⁴.

La auditoría externa de gestión y resultados- AEGR es, además, un instrumento de protección del usuario según lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 142, modificado por el artículo 6° de la Ley 689 de 2001, ya que *"obra en función de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios"* y, por lo mismo, sus informes deben ser ampliamente difundidos entre los consumidores (art. 53 inc. 2° Ley 142 de 1994).

Es de resaltar que las auditorías de gestión y resultados- AEGR fueron diseñadas como una suerte de *"brazo extendido"* de la Superintendencia para el ejercicio racional de sus funciones constitucionales de control especializado de gestión (arts. 365 y 370 C.P.), para permitirle a ésta adelantar una vigilancia adecuada y a un costo razonable, la cual no sería factible realizar sólo a través de sus funcionarios, debido al alto número de prestadores, al nivel de complejidad técnica y a la necesidad de contar con una información confiable, detallada y oportuna sobre la gestión empresarial. Como ciertamente anotó Jaime Ruiz Llano, uno de los artífices de la Ley 142, ya de salida de la Dirección del Departamento Nacional de Planeación en un debate en el Congreso de la República:

*"(...) las auditorías externas se concibieron como la extensión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en las diferentes empresas y como el instrumento de mayor importancia con que esa entidad y los usuarios cuentan para llevar a cabo las funciones de vigilancia y control de manera eficiente, teniendo en cuenta el número de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sus particularidades técnicas, administrativas y operacionales, la complejidad institucional de cada uno de estos sectores, el reconocimiento al alto grado de descentralización de los mismos y la necesidad de proteger a los usuarios por la estrecha relación entre la calidad y eficiencia de la gestión de los servicios y las tarifas resultantes"*⁵.

En tal virtud, el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 6° de la Ley 689 de 2001, dispuso que las empresas

de servicios públicos domiciliarios estaban obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas. Del mismo modo, el párrafo 1° de la norma en cita estableció que 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.

Sin embargo, la Corte Constitucional al revisar la norma citada condicionó su constitucionalidad, al señalar en la parte resolutive de la Sentencia C-290 de 2002 que declaraba 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 oficiales.

Ahora bien, como los tribunales constitucionales ofician de “legisladores negativos”, en tratándose de pronunciamientos condicionados —como es la sentencia C-290 de 2002— los juristas pueden terminar interpretando una misma decisión de constitucionalidad, y arribar así a conclusiones diversas, como sucede con cualquier ley.

Y si el lenguaje utilizado en el condicionamiento por el juez constitucional acusa cierto grado de ambivalencia [*“la ambigüedad es una riqueza”*, al decir de Borges], su interpretación es inevitable: ¿La norma resultante de una sentencia de constitucionalidad condicionada admite sólo una lectura? En el caso que nos ocupa: ¿Al disponer la Corte Constitucional que en adelante, las empresas de servicios públicos oficiales no están obligadas a contratar una AEGR, ello implica

que está prohibido contratarlas, o simplemente que no están obligadas a hacerlo?

En otras palabras, el hecho de que los prestadores de servicios públicos de carácter oficial no estén obligados, ¿debe forzosamente entenderse como una prohibición rotunda de contratación, a efectos de establecer si hay objeto ilícito?, o por el contrario, ¿luego del pronunciamiento de la Corte, el artículo 5.º de la Ley 689 de 2001 (que modificó el art. 50 de la Ley 142 de 1994) no prohíbe la celebración de contratos de AEGR. con E.S.P. oficiales, sino que, simple y llanamente, señala —conforme el condicionamiento de constitucionalidad— que éstas no se encuentran obligadas a celebrarlo?

Ello adquiere relevancia en muchos ámbitos, especialmente en lo que respecta a la posible responsabilidad que pueda deducirse de la celebración de este tipo de contratos, con posterioridad a la notificación del pronunciamiento de constitucionalidad. Así, ¿la celebración de un contrato de AEGR por parte de una E.S.P. oficial viola los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público?

Este artículo pretende examinar los alcances del citado pronunciamiento de constitucionalidad condicionado. Al efecto, en una primera parte se estudiará el alcance de la figura de las AEGR en el contexto de las funciones constitucionales asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo mismo que a las decisiones de constitucionalidad sobre esta figura, con especial referencia a la última de ellas. La segunda parte de este texto estará dedicada a la exposición de las dos lecturas dadas por el Consejo de Estado a la sentencia C-290 de 2002, las cuales ponen de manifiesto cómo una providencia de constitucionalidad

condicionada puede llegar a tener diversas interpretaciones.

No se analizará, pues, en esta oportunidad si las AEGR entrañan una delegación velada de la actividad de control a cargo de esa Superintendencia, la cual es por antonomasia de exclusiva vocación pública; tampoco si las AEGR han contribuido eficazmente al ejercicio de las funciones de policía administrativa que competen a esa Superintendencia; ni si es confiable la evaluación de la gestión empresarial que han hecho las AEGR; ni si es conveniente revisar la selección de los auditores para asegurar su independencia; ni si a casi 15 años de expedida la Ley 142 hay realmente una oferta amplia de expertos en AEGR; ni si la Superintendencia última tiene competencia regulatoria para prescribir todo lo concerniente a estas auditorías⁶. Todos estos temas son sin duda de capital importancia, pero resultan ajenos al objeto de este documento⁷.

I. LAS AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS Y SU ROL DE APOYO A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Si las auditorías externas son un mecanismo concebido por el legislador para facilitar las tareas de control de gestión y resultados a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es preciso precisar la naturaleza jurídica de esta última.

A. La configuración constitucional del control de gestión a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Las normas legales relativas al régimen de servicios públicos domiciliarios, y por

supuesto aquellas atinentes al control del Estado sobre dichos servicios, deben interpretarse desde la óptica del régimen constitucional económico previsto en capítulo 5.º del Título XII de la Carta, el cual define en gran medida el contenido del Estado Social de Derecho. El artículo 365 superior constituye un referente insoslayable, en cuanto prescribe no sólo que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, sino que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y por lo mismo, mantiene la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

De ahí que, a pesar de las vicisitudes ideológicas que subyacen en el cambio de una concepción estatista de la prestación a una económica del mismo, la noción de servicio público continúa siendo uno de los ejes fundamentales de nuestro Estado, al punto que la doctrina nacional ha llegado a señalar que *"el tema de los servicios públicos tiene tanta o más importancia que muchos de los temas clásicos del derecho constitucional"*⁸.

Como respuesta a la crisis en la prestación de los servicios públicos, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 se diseñó un sistema equilibrado de libertad de competencia económica y de intervención del Estado, con el objeto de garantizar la prestación *"eficiente"* de los mismos, y proteger los derechos de los consumidores y usuarios. De modo que, los servicios públicos -a la luz de la Constitución- se someten a las reglas del mercado, pero de un mercado fuertemente intervenido por el Estado en su condición de director de la economía.

Así, en el diseño constitucional del nuevo esquema de prestación, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

ocupa un lugar destacado dentro de las autoridades sectoriales, en cuanto le compete el control y vigilancia de la observancia de las normas de los planes y programas sobre la materia (art. 3.4 de la Ley 142 de 1994) y por ello, como ha indicado la jurisprudencia, “es expresión esencial del papel directivo del Estado en la economía, como que éste se reserva, en una economía concurrencial, las funciones de policía administrativa en razón a las externalidades propias del mercado [y por ello] encarna (...) el rol insustituible del Estado: ese reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada”⁹.

En efecto, una de las manifestaciones más emblemáticas de la función de policía administrativa es la referente a la inspección, vigilancia y control que corresponde en materia de servicios públicos domiciliarios de manera privativa a la única Superintendencia de creación constitucional. Esa entidad es quizás por ello el elemento más significativo de dicha intervención estatal, en tanto –como lo advirtieron los constituyentes– “resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado”¹⁰ (se subraya).

El artículo 365 constitucional prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero al tiempo pone de presente que en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. En consonancia con este mandato, el artículo 370 *eiusdem* determina que corresponde al Presidente de la República señalar con sujeción a la Ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y, ejercer por medio de la Superintendencia de Ser-

vicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

No sorprende entonces, que la Corte Constitucional, frente a una demanda ciudadana y al responderse el problema jurídico que ella encerraba (¿A quién compete ejercer el control y vigilancia de las empresas de servicios públicos?), haya dejado en claro que la Constitución Política en forma expresa en su artículo 370, en armonía con el artículo 189 numeral 22 *eiusdem*, le atribuye exclusivamente al Presidente de la República el control de gestión y resultados de los prestadores de los mismos, para que lo ejerza por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y -en consecuencia- haya declarado inexecutable el numeral 63.5 del artículo 63 y el artículo 82 de la Ley 142, que asignaban una atribución sancionatoria residual a los personeros municipales:

“(…) En desarrollo de las atribuciones de control y vigilancia, la Superintendencia inspecciona el funcionamiento de las empresas de servicios públicos, evalúa la gestión financiera, técnica y administrativa, verifica que las obras, equipos y procedimientos que éstas utilicen cumplan con los requisitos técnicos; vela por la adecuada prestación del servicio, su calidad y eficiencia, vigila que dichas entidades cumplan las normas que las rigen, interviene para defender la participación y los derechos de los usuarios, vigila y controla el cumplimiento de los contratos con los usuarios, etc., además de contar con facultades sancionatorias, para los casos en que se infrinja la Constitución y la ley.

Ahora bien: si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la

tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta, como ocurre en el caso de estudio.

En efecto, como ya se ha expresado, en la norma que es objeto de demanda parcial, se faculta a los Personeros Municipales para imponer multas hasta de diez salarios mínimos mensuales a las *empresas* que presten servicios públicos en el municipio, por las infracciones a la ley (142/94) o a las normas legales a que deban estar sujetas, en perjuicio de un usuario residente en el municipio. Quiere esto significar que una de las funciones atinentes al control y vigilancia de dichas entidades, que constitucionalmente, compete en forma exclusiva a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por obra del legislador, se ha trasladado a los Personeros Municipales, con clara violación del artículo 370 del Estatuto Supremo, razón por la cual será declarada inexecutable, la norma legal que tal cosa dispone¹¹ (subrayamos).

En esa oportunidad el juez constitucional encontró que no obstante la concurrencia de dos controles de índole constitucional [el que corresponde al Ministerio Público y el que atañe a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios], ellos no se excluyen entre sí, como que tienen una finalidad distinta y recaen sobre sujetos distintos:

"Este control administrativo que realiza la Superintendencia sobre las *entidades* prestadoras de servicios públicos es distinto del

control disciplinario que la Constitución les asigna a los Personeros Municipales y a la Procuraduría General de la Nación, pues este último se dirige a investigar y sancionar la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos por incumplir los deberes propios del cargo ya sea por omisión o por extralimitación de funciones, como por infringir la Constitución y las leyes. Estos dos controles tienen origen constitucional y no se excluyen entre sí, puesto que su finalidad es distinta, además de que los sujetos sobre los que recae cada uno también difiere, en el primer caso versa sobre las 'entidades' que prestan servicios públicos (art. 370 C.N.) mientras que en el segundo, sobre los empleados públicos o las personas que desempeñen funciones públicas en tales empresas (arts. 118, 277 y 278 C.N.).

En consecuencia, bien pueden los Personeros Municipales abrir procesos disciplinarios, de acuerdo con las normas de competencia, contra los empleados públicos o trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos en el municipio respectivo, por violar los derechos de los usuarios, mas no sancionar a las citadas entidades por que el control, inspección y vigilancia de éstas por mandato constitucional (art. 370) le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que tiene poderes sancionatorios para ejercer la defensa de los derechos de los usuarios, cuando han sido lesionados por las empresas de servicios públicos, como se lee en los artículos 79 y 80 de la ley 142 de 1994, que prescriben:

(...) Vale la pena recordar que la Procuraduría General de la Nación, según la ley 201 de 1995 (arts. 56 a 59) cuenta con una dependencia que se llama Procuraduría Delegada

para la vigilancia del ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, labor que a nivel territorial también ejercen los Personeros Municipales, encargada de atender las quejas de los usuarios de los servicios públicos, para propiciar las acciones que sean necesarias en relación con la calidad de la gestión de las empresas responsables de prestarlos e intervenir para que las personas de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; velar por la defensa y efectividad de los derechos del consumidor; adelantar las acciones tendientes a asegurar que los servicios públicos se presten en términos de eficiencia y calidad; realizar acciones encaminadas a asegurar la plena satisfacción de los usuarios de los servicios públicos en general para que éstos se ajusten a los requisitos de calidad y a las normas dictadas por las respectivas autoridades.

Ante estas circunstancias, considera la Corte que los 'usuarios' de los servicios públicos domiciliarios que son aquellas personas naturales o jurídicas que se benefician con la prestación del servicio, bien como propietarios del inmueble en donde éste se presta, o como receptores directos del servicio, no resultan perjudicados ni desprotegidos por el retiro del ordenamiento del precepto acusado, pues tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Municipales cuentan con mecanismos apropiados para defender sus derechos en este campo.

En este orden de ideas, no hay lugar a analizar el aparte acusado del artículo 82 de la ley 142 de 1994, pues la disposición a la que pertenece será retirada del ordenamiento

jurídico por lesionar los artículos 118, 189-22 y 370 del Estatuto Superior¹².

Al preverse la eficiencia como un elemento distintivo del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución prefigura ya una modalidad particular de policía administrativa a cargo de la Superintendencia que supone un control de la gestión respecto de los prestadores. Atribución que tuvo su desarrollo legal primero con la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y luego, con la Ley 689 de 2001 que la modificó. Legislación expedida con arreglo a lo ordenado por los artículos 150-23, 365, 367, 369 y 370 de la Constitución que defieren al legislador la expedición de leyes que fijan la prestación de los servicios públicos, el establecimiento del régimen jurídico de los servicios públicos, la asignación de las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, la determinación del régimen de protección de los usuarios y, por fin, la configuración del ejercicio de la atribución presidencial del control, inspección y vigilancia de las entidades que los prestan por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, respectivamente.

Con esta perspectiva, la Ley 142 de 1994 se ocupó de regular el ejercicio del control de gestión y resultados sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en el capítulo primero del Título IV (arts.45 a 52). Allí se consignaron los principios rectores de este control, se definió el control de gestión y resultados, se fijó en las Comisiones de Regulación la competencia para definir los criterios, características, indicadores y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las empresas y, así mismo, se precisaron

los alcances del control interno, el control fiscal y la auditoría externa de gestión y resultados.

Igualmente, el numeral 11 del artículo 79 *eiusdem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, atribuyó a la Superintendencia la función de evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación. Este mismo precepto autorizó al Superintendente a acordar programas de gestión, con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio.

Así las cosas, es claro que el legislador, en armonía con lo previsto en la Constitución, asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de ejercer el control de gestión y resultados sobre los prestadores sujetos a su vigilancia, sin perjuicio del control interno y del control de gestión privado, los cuales deben servir de apoyo a la función de intervención económica atribuida por la Carta a esa entidad.

El control de eficiencia a cargo de esa Superintendencia constituye pues, uno de los vértices del régimen constitucional de los servicios públicos (arts. 365 y 370 C.P.)¹³. Sobre esta base constitucional, el legislador —consciente de la magnitud de la tarea asignada— en los antecedentes históricos de La ley 142 de 1994 reconoció que esa entidad:

“(…) aparece en la ley con una tarea casi imposible de cumplir. Basados en el difícil camino recorrido en nuestro país por la Superintendencia de Sociedades, hemos considerado necesario que tanto en el caso de las empresas estatales como en las privadas o

mixtas, se institucionalicen e implemente auditorías externas. La experiencia colombiana ha demostrado la dificultad de establecer una vigilancia adecuada a través del solo instrumento de la Superintendencia. Ello se hace aún más evidente en el caso de los servicios públicos, donde a diferencia del sector financiero, se multiplican enormemente el número de entidades y empresas que deben ser sometidos a ella”¹⁴.

Con fundamento en estas consideraciones, el legislador concibió a las auditorías externas de gestión y resultados, en el esquema institucional de los servicios públicos domiciliarios, como un instrumento en beneficio de la empresa, sus socios y los usuarios (inc. 4º art. 51 de la Ley 142) para que la Superintendencia pueda realizar de manera óptima sus atribuciones de control empresarial, sin que tenga que aumentar sus gastos, ni convertirse en un monstruo burocrático.

Ahora, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser constituidas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6.º, 14, 19 y 27 de la Ley 142 de 1994, con aportes de la Nación, de los entes territoriales y de otras entidades públicas, lo cual supone que en el patrimonio de estas sociedades puede haber aportes públicos sujetos a la función pública de control fiscal sobre los bienes del Estado.

Empero, el tercer inciso del artículo 267 Constitucional señala que el control fiscal incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, lo cual conduce inevitablemente a los siguientes interrogantes: ¿En estos casos el control de gestión y resultados a cargo de las Contralorías es concurrente con el que la Constitución y la Ley otorgan a la Superintendencia de Ser-

vicios Públicos Domiciliarios?, o ¿el control fiscal es colateral y recae exclusivamente sobre la gestión del Estado en torno a los bienes que conforman una empresa de servicios públicos domiciliarios oficiales y no, respecto de la prestación del servicio, en cuanto para ello fue prevista constitucionalmente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios?, ¿corresponde al legislador acotar los límites de cada uno, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa?, ¿el control de gestión y resultados sobre la empresa prestadora compete de manera privativa a la Superintendencia en ejercicio de la función presidencial encomendada, en atención al especial tratamiento constitucional de los servicios públicos domiciliarios?, ¿el control fiscal a cargo de las Contralorías debe contraerse, en estos casos, al control financiero y por ello el legislador hizo uso de su atribución constitucional de indicar el control posterior y selectivo sobre dichas empresas?, ¿el legislador está facultado para determinar, con arreglo a los mandatos constitucionales, la forma como los organismos de control fiscal pueden ejercer sus funciones?

A nuestro entender, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de las facultades constitucionales de intervención del Estado en la economía, ejerce el control de gestión y resultados de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sin importar la naturaleza de estos entes; al paso que a las Contralorías compete -también por mandato constitucional- el control financiero, de gestión y resultados sobre los bienes de la nación, de los entes territoriales y de las entidades descentralizadas de aquella y de estas, control que, tratándose de operadores de servicios públicos debería versar exclusivamente sobre los

aportes hechos y los derechos que aquellos le confieren.

Si la Constitución es la norma de asignación de competencias por antonomasia, no resulta coherente que existan dos autoridades de rango constitucional que tengan a su cargo una misma función, que tenga idéntica finalidad y que recaiga sobre los mismos sujetos. No hay pues, razón de índole constitucional que sirva de base para sostener que la Contraloría ejerce un control de gestión sobre las empresas de servicios públicos oficiales, entendidas estas, como el conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un fin [la prestación de esos servicios].

Conviene agregar que el numeral 27.4 del artículo 27 de la ley 142 de 1994, al consagrar las reglas especiales sobre participación de entidades públicas, estatuyó que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles y que a tales bienes, y a los actos o contratos que versen forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales y municipales. Disposición que está revestida de presunción de constitucionalidad, al tenor del artículo 4.º superior.

La Nación, las entidades territoriales y los entes descentralizados están facultados para concurrir con los particulares a conformar una sociedad autónoma e independiente de la estructura del Estado, sometida a las reglas del derecho societario. En estos casos, la ley pone de manifiesto que los únicos bie-

nes de la nación, de los entes territoriales y de las entidades descentralizadas sean los bienes aportados y no la empresa entendida como conjunto de bienes vinculados a un objeto social. El legislador, con arreglo a la Constitución, estableció de esta suerte, cuál es el objeto sobre el que recae la función pública de control fiscal y quiénes son los sujetos del mismo.

En consonancia con este mandato, el artículo 45 de la Ley 142 de 1994 pone de manifiesto que, el propósito esencial del control empresarial es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural, en forma que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados. Control, que conforme la misma preceptiva, debe lograr un balance, integrando los instrumentos existentes en materia de vigilancia y armonizando la participación de las distintas instancias de control.

Como el control fiscal no podía recaer sobre las mismas materias que el control de gestión a cargo de la Superintendencia, la Ley 142 contempló que no era necesario que el primero inspeccionara todos y cada uno de los actos y contratos de la empresa de servicios públicos, y bastaba con que examinara aquellos documentos en los cuales se reflejaran los resultados de un ejercicio fiscal, de manera que se pudiera verificar si los bienes invertidos por el Estado habían tenido una rentabilidad financiera y social acorde con los fines perseguidos por las entidades aportantes.

Es de resaltar que el artículo 267 constitucional no define los conceptos de control financiero, de gestión y resultados, ni fija criterios para su determinación. El legislador tiene, entonces, en principio, una amplia capacidad de configuración sobre este

aspecto, la cual se ve plasmada en la Ley 42 de 1993, con carácter de norma general, y en la Ley 142 de 1994, como precepto especial aplicable a los prestadores de servicios públicos, en razón a su singular regulación constitucional¹⁵.

De otro lado, si el Código de Comercio establece que los aportes son elementos de la esencia del contrato social, y en tal sentido, el socio aportante tiene derecho en relación con las acciones, cuotas o partes de interés, es lógico que las contralorías sólo pudieran entrar a revisar el manejo que el socio estatal le está dando a los intereses que incumben al Estado.

Por ello, a nuestro juicio, no sólo resultaba coherente que las contralorías tuvieran la facultad de revisar, como lo haría cualquier socio, la gestión de dichas empresas respecto de los libros, documentos e informes que la evidencian, siempre en los mismos términos y con los mismos límites que el socio particular, sino que además, una perspectiva en este sentido lejos de debilitar la función pública de control fiscal, la robustecía y complementaba armónicamente con la otra función constitucional asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Una lectura en este sentido no pretendía, ni mucho menos, eliminar o limitar la función de control fiscal respecto de los prestadores de servicios públicos con aportes estatales, sino armonizarla con el mandato constitucional que encomienda el control de gestión de las mismas a esa Superintendencia, lo cual se lograba, al enfocar el primero a los aportes del Estado y no a la empresa como tal, ya que para ello existe el segundo control de gestión.

En ese orden de ideas, cuando el legislador previó un sistema de vigilancia fis-

cal diferente, especial o excepcional para las empresas de servicios públicos domiciliarios, lo hizo bajo el entendido de que constitucionalmente el control de gestión a cargo de la Superintendencia, por su carácter especial, no podía concurrir con el de las contralorías, pues ello carecería de sentido. Empero, dos pronunciamientos de la Corte Constitucional –en un sentido diverso al expuesto– dieron al traste con la pretensión de armonizar uno y otro control.

B. Los pronunciamientos de constitucionalidad sobre el control de gestión a cargo de las auditorías externas de gestión y resultados-AEGR

El inciso primero del artículo 37 del Decreto extraordinario 266 de 2000¹⁶ se ocupó de regular el control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, así como de las privadas en cuyo capital participare el Estado en calidad de accionista o aportante. De acuerdo con esta preceptiva, para el cumplimiento de dicha función la contraloría competente tenía acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos establecidos en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Sin embargo, la Corte Constitucional –mediante la sentencia C-1191 de 2000– al declarar la inexecutable de este precepto del legislador extraordinario, encontró que el gobierno no sólo desbordó las facultades otorgadas por la ley habilitante, sino que además, infringió la Constitución al restringir el control fiscal a una específica cantidad de documentos y al momento de las deliberaciones de socios de cada final de ejercicio,

respecto de las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de las privadas en las cuales el Estado sea asociado.

Conforme a este primer pronunciamiento de constitucionalidad, el legislador desconoció los mandatos constitucionales en relación con el control fiscal, debilitando de esa manera la función pública de vigilancia de los bienes públicos y de los aportes o cuotas de participación oficiales en este tipo de empresas. Acogió, de esta suerte, los argumentos del demandante para quien la norma acusada, al reducir el control fiscal de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios a los ámbitos estrictamente financieros, daba a entender que resultaban ser innecesarios los controles fiscales de gestión y de resultados.

Según la Corte Constitucional, el legislador extraordinario, al limitar el ejercicio del control fiscal, en tanto función pública autónoma, infringió la Constitución, en cuanto al control de gestión que aquel conlleva:

“El Gobierno Nacional, al expedir el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, no sólo ha desbordado sus precisas facultades extraordinarias, sino que ha limitado el ejercicio del control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control sobre los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociendo la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigilancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos.”

Como lo señala el Ministerio Público, la disposición acusada pretende darle a los recursos públicos y al Estado, el mismo tratamiento que se da a los recursos privados y a los particulares, olvidando lo dispuesto en la Carta Política, según la cual el control fiscal se instituye como una función pública autónoma, ejercido por la Contraloría General de la República como entidad independiente de naturaleza técnica y, recae sobre la gestión fiscal de la administración y, sobre la de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (arts. 119 y 267 C.P.).

Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: *'El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar —mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno— que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley.'* (Sent. C-586 de 1995. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO)¹⁷ (se subraya).

A continuación, el pronunciamiento de inexecutableidad resaltó que la norma acusada también ignoró el objetivo del control fiscal y para ello, se apoyó en lo dispuesto por la Ley 42 de 1993, disposición legal conforme a la cual, dicho control recae sobre la entidad vigilada en su conjunto:

"Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política¹⁸ (se resalta).

Agregó la providencia en comentario, que según la Ley 142 los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos domiciliarios:

"(...) el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les

puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos" (el subrayado es nuestro).

A partir de estas reflexiones de naturaleza eminentemente legal (Leyes 42 de 1993 y 142 de 1994) el juez constitucional concluyó que el control fiscal es "integral", o lo que es igual, que cobija el control de gestión y resultados:

"Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas"¹⁹ (se destaca).

Este fallo adujo además que el legislador convirtió los aportes en parte de un patrimonio particular, lo cual juzgó contrario al interés general:

"Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal" (subrayas fuera de texto original).

Al finalizar, la sentencia en cita indicó que, la norma acusada comportaba una limitación constitucional inadmisibles de la función pública de control fiscal, al impedir el ejercicio de un control integral que cobije la gestión misma de la empresa:

"(...) el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad,

de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional²⁰ (se subraya).

Nótese cómo en el pronunciamiento de constitucionalidad referido, se echa de menos una lectura sistemática de las disposiciones constitucionales en aparente conflicto, los artículos 267 y 370, en cuanto se limitó al estudio de las normas acusadas en re-

lación con las normas constitucionales y legales (estas últimas ajenas a la técnica de control constitucional) atinentes al control fiscal.

La Corte tuvo luego la oportunidad de armonizar las disposiciones constitucionales que entran en juego, esto es, el artículo 267 superior que prevé que la vigilancia de la gestión fiscal que *"incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados"* y los artículos 365, 367 y 370 *eiusdem* que asignan a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control de gestión de todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en el marco de un mercado en competencia donde el Estado interviene a través de este instituto de policía administrativa.

Armonización que convenía hacer no sólo respecto de dichos mandatos, sino también de su propia jurisprudencia. En efecto, en la sentencia C-599 de 1996 aquella Corporación había reconocido el carácter exclusivo y excluyente del control de los prestadores a cargo de la Superintendencia, mientras que en la sentencia C-1191 de 2000 había guardado silencio sobre las competencias constitucionales de la Superintendencia en materia de control de gestión, al paso que, tampoco hubo pronunciamiento alguno sobre esta materia en la sentencia C-374 de 1995, cuando estudió el numeral 27.4 del artículo 27 de la Ley 142, merced a que en esa oportunidad sólo se ocupó del control fiscal ejercido por entidades privadas, el cual encontró contrario a la Constitución, pero nada dijo la Corte en este fallo sobre las auditorías externas de control y resultados²¹.

Es preciso destacar que estas auditorías son independientes del control interno y fiscal, según lo indica el artículo 51 de la

Ley 142 de 1994, y obran en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios, como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios. Es así como aquellas se constituyen en una herramienta más de la Superintendencia, para el ejercicio del control de eficiencia que constitucionalmente le ha sido asignado al Presidente de la República.

No había entonces, una decisión de fondo en torno a si el control fiscal tratándose de prestadores de servicios públicos domiciliarios se limita a los bienes o aportes, y tampoco el juez constitucional había examinado los textos legales a partir de las distintas disposiciones constitucionales involucradas (267 y 365-370) y no sólo desde la óptica de una de ellas.

En ese contexto la Ley 689 de 2001, sin desconocer las claras competencias del órgano de control fiscal y del organismo de control de gestión y eficiencia (esto es la Superintendencia), pretendió armonizar el alcance de dichos controles en el capítulo I del título IV de la Ley 142. Y lo hizo en su artículo 5º, que aunque tiene un contenido normativo similar al del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, en realidad es un precepto legal distinto²².

Frente a una nueva demanda de inconstitucionalidad, el juez constitucional tuvo la oportunidad de interpretar de manera conjunta unas disposiciones constitucionales que sólo *prima facie* preveían competencias idénticas simultáneas. En nuestro criterio, el legislador, ante la inevitable concurrencia de dos controles de estirpe constitucional se contrajo a deslindar el ámbito de aplicación de cada uno, bajo el entendido que los servicios públicos domiciliarios son un capítulo especial de la Constitución económica y –por lo mismo– no pueden ma-

nejarse como el desarrollo de una función administrativa.

Dentro del marco de la racionalización y modernización del Estado y en aras de fortalecer el sistema de inspección, vigilancia y control, la Ley 689 introdujo algunas modificaciones de orden operativo a las AEGR tendientes a garantizar su permanencia, asegurar su independencia y, claro está, permitir que se deslinden de manera definitiva las tareas de la Superintendencia, a través de dichas auditorías, de las que compete a las contralorías en punto de control de gestión, sin que con ello se buscara mengua alguna de éstas respecto de aquellas.

Esta obligación legal de contratar una auditoría externa de gestión de resultados por parte de todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios no buscaba, entonces, reemplazar, sustituir o excluir el ejercicio del control fiscal, ya que la AEGR fue concebida como un mecanismo para coadyuvar el control de eficiencia que constitucionalmente corresponde a la Superintendencia.

Dicho en otros términos, con la previsión de las AEGR el legislador no intentaba trasladar el ejercicio del control fiscal a entes distintos de las contralorías, circunstancia que hubiera dado lugar inevitablemente a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, como sucedió en la sentencia C- 534 de 1993.

La evaluación de gestión y resultados que realiza la Superintendencia es permanente, y por ello conviene que se facilite su accionar a través de un control oportuno y real por parte de las AEGR, para así, establecer la situación de la gestión empresarial, su viabilidad como prestadora del servicio y –por ende– determinar si amerita algún tipo de medida correctiva de manera oportuna por parte de la Superintendencia.

A su vez, las contralorías, conforme lo prescrito por el artículo 267 de la Carta Política, tienen por objeto la protección del patrimonio público, al velar por la transparencia y correcta utilización de los recursos públicos, sean estos manejados por el Estado o por los particulares.

El artículo 6.º de la Ley 689 de 2001, modificadorio del artículo 51 de la Ley 142 de 1994, lejos de vulnerar las normas constitucionales relativas al control fiscal, desarrollaba del artículo 209 superior al buscar fortalecer a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante un instrumento de ayuda que le permitiera ser más eficiente en su labor de control de gestión y resultados. O lo que es igual, si se trata de dos controles completamente diferentes, el legislador frente a dos instancias de rango constitucional, en nuestro criterio, estaba facultado para regular la forma cómo uno y otro organismos de control podían entrar a ejercer sus atribuciones constitucionales.

Creemos que es tarea del legislador fijar las bases para un óptimo ejercicio de la función pública que las dos encierran [una faceta del poder público denominada "control fiscal" y otra propia del ejecutivo, la "policía administrativa"], sin que se produzcan interferencias perniciosas, pero sin eliminar el ámbito de acción de cada una de ellas, dado que su naturaleza, finalidad, oportunidad y reglas aplicables son evidentemente diferentes. En definitiva, las auditorías externas fueron concebidas como un mecanismo de control empresarial para facilitar el ejercicio de la función pública de rango constitucional a cargo de la Superintendencia y no como un sustituto ni como un obstáculo o limitación a la extensión propia del control fiscal.

No obstante, en un segundo pronunciamiento, la Corte Constitucional en punto de la contratación obligatoria de una auditoría externa de gestión y resultados por parte de las empresas de servicios públicos oficiales, acogió los argumentos del actor quien esgrimió que por esta vía se estaba permitiendo que las AEGR se arrogaran las funciones que constitucionalmente correspondían supuestamente a las contralorías y que están previstas en el artículo 267 superior.

En efecto, en la sentencia C-290 de 2002 se realizó un cotejo de las disposiciones de la Ley 142, exclusivamente a partir de la citada disposición constitucional [sin hacer siquiera alusión a los otros mandatos constitucionales en juego: arts. 365 y 370 en especial] y a partir de ello concluyó que, el control fiscal debe ejercerse sin limitación alguna, que es integral y que no puede concurrir con el control de gestión y resultados ejercido por las AEGR.

De acuerdo con esa providencia de constitucionalidad, tratándose de empresas de servicios públicos de carácter oficial, tal "dualidad" resulta inadmisibles, en atención a que por mandato constitucional el control de gestión y resultados sobre la administración compete con "exclusividad" a los órganos de control fiscal. En forma simultánea la sentencia reconoció, sin embargo, que esta situación no se presenta respecto de las empresas de carácter mixto o privado, frente a las cuales la Corte admitió que las AEGR sirven de "apoyo" al control asignado a la Superintendencia:

"Según lo dispuesto en el artículo 267 Superior, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, funda-

do en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Los artículos 12 y 13 de la Ley 42 de 1993, por la cual se organizó del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, definieron el control fiscal de gestión como *'el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad'*, y el control de resultados como *'el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado'*. A su vez, el artículo 7° de la Ley 689 de 2001, que modificó parcialmente el régimen jurídico de los servicios públicos contenido en la Ley 142 de 1994, establece que el control de gestión y resultados de las auditorías externas consiste en un *'proceso, que dentro de las directrices de planeación estratégica, busca que las metas sean congruentes con las previsiones'*.

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 desco-

noce la función atribuida por la Constitución a los organismos de control fiscal.

Para la Corte tal dualidad resulta inadmisibles 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.

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).

Además, teniendo en cuenta que las auditorías externas de gestión y de resultados deben obrar en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios, las auditorías servirán de apoyo a la gestión del organismo de control que esté vigilando fondos o bienes públicos en dichas empresas y a la de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por lo anterior, la norma se declarará exequible bajo el entendido que la obligación de contratar en forma permanente una auditoría externa de gestión y resultados con personas privadas especializadas no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial.

(...) Finalmente, respecto del literal a) del artículo 6º de la Ley 689 de 2001, la Corte se pronunciará sobre todo su contenido, integrando la unidad normativa con los partes que no fueron acusados, aclarando que cuando este fragmento hace alusión a las *entidades oficiales*, debe entenderse que se refiere a las *empresas de servicios públicos con carácter oficial* de que trata la Ley 142 de 1994 en su artículo 14.5.

Para la Corte dicho literal es inexecutable salvo el segmento '*las entidades oficiales que presten los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994*', que está ajustado a la Constitución por las razones expuestas anteriormente en el sentido de que las empresas de servicios públicos oficiales no están obligadas a contratar auditorías externas. Por ende, es inconstitucional que la Superintendencia de Servicios Públicos señale cuales de estas empresas requieren contratar una auditoría externa y evaluar su gestión, como también el que las Comisiones de Regulación definan la metodología que servirá de base para determinar los casos en que las empresas oficiales no requieran de una auditoría externa"²³ (se subraya).

Es preciso resaltar que la modulación del fallo consistió, entonces, en señalar que la obligación de contratar AEGR que recae sobre todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios "*no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial*".

Como se advierte de la simple lectura de la *ratio decidendi* del fallo transcrito, este pronunciamiento de constitucionalidad eludió el estudio del tema desde la perspectiva constitucional de las dos autoridades de control de rango superior en aparente colisión, para dirigir su estudio a un terreno que brindaba una solución simple: ¿Un instituto de naturaleza legal, por demás de carácter privado, puede entrar a disputar competencias de otro de rango constitucional y además de carácter público?

Ahora bien, la aplicación del pronunciamiento de constitucionalidad antes referenciado ha llevado a no pocos problemas prácticos.

El primero es, por supuesto, la falta de delimitación entre el rol de control de gestión a cargo de los órganos de control fiscal respecto del que le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Si las auditorías externas fueron concebidas como un instrumento de colaboración para el ejercicio de las funciones constitucionales de la Superintendencia, pero estas no deben contratarse por parte de las empresas de servicios públicos oficiales, pues se superponen al control de gestión que por Constitución compete a la Contraloría, surge un doble cuestionamiento: ¿En adelante el control de gestión de estas empresas ya no compete a la Superintendencia, sino a la Contraloría General de la República? o, peor aún, ¿las contralorías hacen ahora las veces de auditorías externas de gestión y resultados y deben, en consecuencia, rendir cuentas a la Superintendencia?

La segunda dificultad práctica que ofrece este fallo de constitucionalidad tiene que ver con la evidente ambigüedad del precepto legal luego de la modulación formulada por la Corte, que suscita las siguien-

tes preguntas: ¿Hay objeto ilícito en un contrato celebrado por una ESP oficial con posterioridad a la notificación de dicho pronunciamiento?, ¿o simplemente no es obligatoria la contratación como lo preveía el precepto y ahora por lo mismo es optativa? Problemas que quedaron en manos de otro juez constitucional, el de las acciones populares, quien paradójicamente terminó interpretando el fallo de constitucionalidad en dos sentidos totalmente antagónicos, como pasa a verse.

II. ¿LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ESTATALES PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS DE AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS-AEGR?

Por definición, las decisiones judiciales están concebidas para cumplirse y por lo mismo, no debería haber mayor margen de interpretación de las mismas. Quizás por ello sea muy escasa la literatura jurídica que se dedica a la "interpretación de las sentencias"²⁴, frente a la muy abundante doctrina que se ocupa de los dos extremos habituales de la hermenéutica: la norma y el negocio jurídico.

A pesar de la resistencia de muchos, es hoy verdad averiguada que en los fallos de constitucionalidad el juez constitucional oficia de "legislador negativo" como advirtiera KELSEN²⁵. Ese carácter legislativo adquiere visos "positivos" en las denominadas sentencias moduladas desde el punto de vista de su contenido, que aunque buscan fijar un único contenido a la disposición legal objeto de examen de constitucionalidad, al pretender optar una sola lectura de un mandato legal —aquella que se encuentra conforme a la Constitución— pueden, en tanto, preceptos

que son, ser susceptibles de diversas interpretaciones.

En efecto, suele admitirse que un fallo de constitucionalidad condicionada altera parcialmente el contenido de la norma sujeta a control y simultáneamente supone que las otras interpretaciones posibles de la misma son expulsadas del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, se ha dicho que el condicionamiento implica que la disposición en adelante deberá aplicarse con arreglo al mismo y, de consiguiente, en principio estaría vedado apartarse del contenido que fijó el juez constitucional, toda vez que ello atentaría contra la cosa juzgada constitucional (art. 243 CN) y a la vez desconocería del contenido preceptivo de la norma, luego del examen de constitucionalidad. Con esta perspectiva, el Consejo de Estado en un reciente pronunciamiento atinadamente abrió la posibilidad de decretar la suspensión provisional de un acto administrativo, cuando quiera que éste infrinja los condicionamientos fijados por la Corte Constitucional²⁶.

Sin embargo, ¿Qué sucede cuando el sentido preceptivo de la decisión de constitucionalidad modulada —que se ve enfrentada como el legislador a la riqueza del lenguaje y por ello acusa cierto grado de ambivalencia— permite cuando menos, dos interpretaciones?

Este es justamente el caso de la sentencia C-290 de 2002 que se acaba de estudiar: ¿Están prohibidos en adelante los contratos de AEGR para las ESP oficiales? o ¿ya no es obligatoria su contratación? El juez de la acción popular ha oscilado entre considerar que los contratos de AEGR ya no resultan obligatorios y estimar que su celebración configura un típico caso de infracción del derecho público de la nación.

A. Primera interpretación de la sentencia C-290 de 2002: Los contratos de AEGR no son obligatorios pero tampoco están prohibidos

El sentido preceptivo de la decisión de constitucionalidad modulada adoptada en la sentencia C-290 de 2002 reviste una considerable importancia, toda vez que según la normatividad civil son nulos los actos efectuados contra expresa prohibición legal, que hay objeto ilícito en todo lo que contra viene el derecho público de la nación y, en fin, que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (arts. 6, 1519 y 1523 C.C. y art. 104 inc. 3 del C.Co.).

"Dispositivos-sanción" que restringen el principio general de la autonomía de la voluntad sobre el que se estructura la legislación civil y comercial, y que se aplica a todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo prescrito por los artículos 32 y 31 de la Ley 142 de 1994, el artículo 3 de la ley 689 de 2001, el párrafo del artículo 8 y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, que contienen la regla general de aplicación del derecho privado a su contratación²⁷. Se trata, como lo ha entendido la doctrina, de "castigos"²⁸ que sancionan los convenios particulares que pretendan derogar las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres (art. 16 C.C.).

Un primer pronunciamiento del Consejo de Estado, proferido el 24 de febrero de 2005 después de que se dio a conocer el texto de la providencia de constitucionalidad, precisó que con posterioridad a la sentencia C-290 de 2002, las ESP no están obligadas a contratar auditorías externas, pero ello no significa que esté prohibido contratarlas.

Este proveído puso de presente que la decisión de la Corte si bien estaba fechada el 23 de abril de 2002, día en que se dio a conocer mediante comunicado de prensa, sólo comenzó a producir efectos a partir del 19 de julio siguiente ya que 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 y según el artículo 331 del C. de P. C. las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas.

En este caso el Tribunal *a quo* había condenado al accionado sobre la base que debía conocer el fallo una vez expedido, al estimar que las providencias de constitucionalidad vinculan desde la fecha de expedición. El Consejo de Estado revocó el fallo recurrido al considerar que las sentencias de la Corte Constitucional sólo vinculan, como toda providencia, desde su ejecutoria y firmeza. Esta Corporación fundó su razonamiento en el marco normativo aplicable a la Corte (Decreto 2067 de 2001 y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia), los principios de publicidad, contradicción, defensa, debido proceso, certeza o seguridad jurídica y en un completo estudio de derecho comparado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado desestimó así lo expuesto por la Corte en sede de tutela en la sentencia T-832 de 2003, conforme a la cual, las providencias de constitucionalidad vinculan a partir del día siguiente a la fecha de su expedición y no a partir de su firmeza. Dada la trascendencia de las consideraciones, que justifican esta digresión, nos remitiremos a algunos de sus apartes más representativos:

"(...) 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 (...)

A su vez, este principio rector de las actuaciones judiciales según la jurisprudencia constitucional, es expresión nítida e incontrovertible del derecho de defensa y de contradicción (...). Al mismo tiempo, el principio de publicidad es un instrumento para asegurar el debido proceso (...)

Por lo demás, el principio de publicidad de las providencias de control está íntimamente asociado a la certeza del derecho²⁹ como principio medular de todo Estado democrático, ya que el ordenamiento jurídico sólo es coercible en tanto sea posible conocerlo por parte de sus destinatarios³⁰ (negritas originales).

Asimismo, el Consejo de Estado explicó que las normas aplicables al juicio de constitucionalidad impiden que sus decisiones definitivas vinculen con la simple inserción en un comunicado de prensa:

“(...) en desarrollo del principio de publicidad, el artículo 16 del decreto 2067 de 1991 ordena de manera inequívoca: *‘La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el*

secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión.’ (se subraya)

De acuerdo con este precepto imperativo la providencia ha de notificarse dentro el plazo allí señalado: No concurren, como asegura la Corte en la Sentencia T 832 de 2003 antes reseñada, dos alternativas para el juez constitucional frente a la fecha en que el fallo vincula, habida cuenta que a ningún juez le es dable ‘escoger’ a partir de cuándo producen efectos sus providencias.

El mandato legal de notificación del fallo de constitucionalidad, previsto en el artículo 16 del decreto 2067 de 1991³¹ citado, se explica en tanto que sólo después de ser conocida legalmente la providencia (parte resolutive y consideraciones), esta produce efectos de *res iudicata*, pues antes el fallo no vincula al no estar en firme, tan es así que puede ser anulado.

Está por demás decir que el juez constitucional, como todos los servidores públicos, está sometido al principio de legalidad (arts. 6, 123 inc. 2 y 230 C.P.) y, frente a normas como la transcrita, no puede eludir su mandato pretextando razones ‘hermenéuticas’, pues su tarea en estos eventos es meramente aplicativa o de cumplimiento³², o lo que es igual, de sometimiento al imperio de la ley.

(...) si bien la ley estatutaria de administración de justicia en su artículo 56 estatuye que *‘[l]a sentencia tendrá la fecha en que se adopte...’*, ello en modo alguno puede comportar que la providencia entre a producir efectos a partir de esa fecha. No se olvide que dicha disposición resulta también aplicable a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de

Estado y que, por lo mismo, no puede interpretarse como la habilitación para obviar la exigencia publicitaria previa para que el fallo produzca efectos"³³ (resaltado y negrillas del texto original)

Este pronunciamiento planteó que no existe especialidad alguna de las decisiones de constitucionalidad que las haga exceptuar del mandato de notificación:

"Resulta imposible concebir un sistema jurídico, que fundado en la presunción de constitucionalidad de sus normas³⁴, permitiese la vinculación de una decisión judicial de constitucionalidad sin que fuera posible conocer su contenido de manera integral, de conformidad con los cauces legales previstos al efecto. La juridicidad o no de un precepto objeto de control, esto es su validez o no, sólo es posible determinarla a partir del momento en que vinculan las decisiones del órgano encargado de su enjuiciamiento, vale decir, desde cuando se adquiere certeza jurídica por sus efectos generales de cosa juzgada constitucional, pues como afirma JIMÉNEZ CAMPO la decisión de constitucionalidad es una decisión '*según derecho*'³⁵ y no un enjuiciamiento político. Por ello no es posible prescindir de esta regla previa de publicidad, que como se verá más adelante se ha impuesto en todo el constitucionalismo occidental, que ha optado por el modelo kelseniano de control constitucional.

(...) Además, la Corte al tiempo que invoca –en la aludida sentencia de tutela– el artículo 16 del decreto 2067 de 1991 para decir que sus términos '*son intrascendentes para la determinación de los efectos temporales del fallo*', admite que ellos permiten '*determinar el término dentro del cual se puede declarar la nulidad del fallo por vulneración*

del debido proceso'. Se reconoce, de esta suerte, que una sentencia no puede producir efectos hasta tanto no esté en firme ya que puede ser anulable y, en consecuencia, puede perder su validez desde el momento de su emisión y la Corte debe proceder a proferir un nuevo fallo (Decreto 2067 de 1991, art. 49)³⁶.

Adicionalmente el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en la providencia que se transcribe igualmente distinguió los efectos de una notificación de los de una divulgación a la opinión pública:

"(...) que el presidente de la Corte Constitucional pueda dar a conocer a la opinión pública el contenido y alcance de las decisiones judiciales, tal y como lo prevé el inciso segundo del artículo 64 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia, norma aplicable también a la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, no implica el reconocimiento legal de que a partir de entonces las decisiones sean vinculantes. (...) La norma transcrita permite que exclusivamente '*[p]or razones de pedagogía jurídica*', y sólo para esos efectos, pueda darse a conocer el contenido y alcance de las decisiones judiciales, antes de que se encuentre el texto adoptado con todas las modificaciones propias del procedimiento colegiado y sin que aún haya sido notificado.

(...) la divulgación de las decisiones judiciales de que trata el artículo 64 de la ley estatutaria de Administración de Justicia no tiene el propósito de sustituir las normas de orden público que señalan desde cuándo comienzan a producir efectos los fallos, sino que es tan sólo un simple desarrollo del derecho a la información previsto en el artículo 20 Constitucional. Así lo señaló

la Corte Constitucional en la Sentencia C 551 de 2003, cuando -en el caso particular del referendo y luego de dejar en claro que comunicar no es notificar- encontró que '*... [n]o existe entonces objeción a que la Corte ordene la comunicación de la parte resolutive de la presente sentencia, al día siguiente de ser adoptada la decisión...*'. Conviene observar que tratándose de la convocatoria de referendos existe previsión legal especial en la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana³⁷.

Esa Corporación también esgrimió que el proceso constitucional sólo termina con la ejecutoria del fallo respectivo, según la propia jurisprudencia de la Corte:

"La Corte Constitucional, en la *ratio decidendi* de la sentencia que se ocupó de estudiar los efectos de sus fallos en asuntos de constitucionalidad (art. 21 del decreto 2067 de 1991), definió que el proceso constitucional tan sólo termina con la ejecutoria de la respectiva sentencia, como quiera que únicamente cuando está en firme es de obligatorio cumplimiento y sus efectos se producen cuando la sentencia esté ejecutoriada (...)³⁸.

Es preciso tener en cuenta que esta providencia fue retomada por la Corte Constitucional, cuando adelantó la revisión previa de Constitucionalidad del artículo 45 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia, relativo a las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad³⁹" (cursiva en original)⁴⁰.

Luego de hacer un minucioso estudio de varios países que tienen un sistema de control

constitucional concentrado, la sentencia en referencia concluyó:

"En tales condiciones se tiene que, salvo el caso excepcional de Eslovenia, la regla impuesta en el contencioso constitucional no es precisamente la establecer la vinculación desde la fecha de adopción de la providencia. Y se exceptúa este caso, pues como se observa de la cita transcrita, los otros casos enlistados por el autor refieren a contenciosos electorales y no a enjuiciamientos de constitucionalidad de la ley.

De manera que ese poder enorme con que cuenta el juez constitucional de privar de efectos una ley, que se ejerce en el control abstracto de constitucionalidad, exige el requisito de publicidad, que en el caso Colombiano está previsto por la ley bajo la forma de notificación por edicto, al tiempo que en la mayoría de países opera a partir de la publicación del texto integral de la sentencia.

La publicación, en el derecho continental europeo, y la notificación en el caso Colombiano, permiten identificar con claridad el momento a partir del cual la providencia de control constitucional comienza a desplegar sus efectos de *res iudicata*, lo cual brinda la certeza necesaria a todas las personas y a los poderes públicos sobre el derecho vigente aplicable. Las dificultades que puedan generarse por eventuales tardanzas en notificar en debida forma la decisión respectiva, son solucionadas en el derecho Colombiano con el plazo perentorio de seis (6) días que manda la ley para dar a conocer el texto definitivo de la providencia (art. 16 Decreto 2067 de 1991)" (negritas en texto original)⁴¹.

Después de anotar que los fallos de constitucionalidad no vinculan sino después de su notificación –la cual como se vio en este caso, tuvo lugar casi tres meses después de que se dio a conocer a través de un comunicado de prensa⁴²– el Consejo de Estado añadió que, si bien uno de los contratos de AEGR fue celebrado con posterioridad a la notificación del citado fallo de constitucionalidad, no procedía el amparo de los derechos colectivos invocados ya que no se acreditó su infracción. Conviene aclarar que en esa oportunidad no hubo votos particulares, sino que la decisión fue tomada por unanimidad.

Un segundo pronunciamiento proferido un año después, vale decir en enero de 2006, y que reitera el criterio reseñado, se produjo también con ocasión de una serie de contratos que celebró una empresa de servicios públicos oficial con una firma privada para la AEGR. El problema jurídico gravitó esta vez fundamentalmente en el alcance de la sentencia C-290 de 2002, expedida con anterioridad a la suscripción de los contratos, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

El juez de la acción popular se enfrentó a una situación en la que lo relevante no resultaba definir desde cuándo la sentencia de constitucionalidad producía efectos, sino si era reprochable o no la decisión de una ESP oficial que entendió que la contratación de la AEGR había dejado de ser obligatoria y que -por ende- en adelante era opcional. El actor popular había presentado la demanda justamente bajo el entendido que la entidad había invertido recursos públicos en un contrato que no podía suscribirse, con posterioridad al fallo de constitucionalidad modulado.

El Consejo de Estado destacó que las pruebas daban cuenta que dicha contratación se había realizado y ejecutado efectivamente al amparo de una interpretación jurídica del alcance de la sentencia C-290 de 2002 de la Corte Constitucional, *“interpretación que llevó a las partes a concluir que luego de dicha providencia la contratación de AEGR por parte de ESP oficiales dejó de ser obligatoria para pasar a ser optativa y no prohibida, de modo que las partes no obraron de mala fe ni a sabiendas de estar infringiendo el orden jurídico, y -además- el contratista cumplió efectivamente el objeto contractual acordado”*.

Con esta perspectiva, frente a la alegada violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado estimó que lo que se advertía era *“una divergencia de criterios interpretativos respecto de una providencia de constitucionalidad”*, discrepancia interpretativa sobre el alcance de dicho fallo que a juicio de la Sala no acarrea infracción de ningún derecho colectivo.

En cuanto se refiere al derecho colectivo al patrimonio público, esa Corporación advirtió:

“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.

Además la propia Contraloría de Bogotá solicitó a la EAAB copia de los informes de

AEGR -aún después de la ejecutoria del fallo de la Corte Constitucional- en orden a tomarlos como elemento de juicio para el ejercicio de sus funciones, por lo que mal puede determinarse la existencia de vulneración al patrimonio público que en este caso particular se acusa.

En otros términos, dicho informe lejos de ser inocuo o superfluo, y que en consecuencia su contratación comportara un atentado contra el patrimonio de la entidad contratante, se erigió en material de obligada consulta por parte de la propia Contraloría, que lejos de cuestionar su contratación lo solicitó en varias ocasiones en orden a llevar a cabo sus funciones.

En efecto, el extenso informe de más de 160 folios (que abarcó un estudio integral de la empresa como que hizo un detenido estudio de i) auditoría organizacional, ii) auditoría de servicio al cliente, iii) auditoría al sistema financiero, iv) auditoría de inversiones, v) auditoría al sistema de control interno, vi) auditoría sobre el régimen tarifario, vii) auditoría técnico-operativa, viii) auditoría del período anterior, ix) auditoría sobre resoluciones particulares de la CRA, x) auditoría del plan de gestión y resultados y xi) auditoría de control social) constituye un medio de prueba no sólo de que se cumplió el objeto del contrato, sino de que –además– se constituyó en un importante elemento de juicio para el cabal cumplimiento de las funciones del ente de control⁴³.

Esta misma línea de interpretación de la sentencia C-290 de 2002 es prolijada por la Contraloría General de la República, que mediante la Resolución Orgánica 5544 del 17 de diciembre de 2003⁴⁴ –acto ad-

ministrativo por demás es invocado por el Consejo de Estado en este último pronunciamiento y que fue proferido después de que quedara en firme la Sentencia C-290 de 2002– al ocuparse de regular por vía general la rendición de cuenta dispuso en el Capítulo I del título II, estableció que las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, en el informe final que deben presentar dichas entidades deben incluir: “[un] informe completo de auditoría externa, en caso de que se haya contratado, durante la vigencia o período fiscal que se rinde, este informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos” (art. 23, num. 3° se destaca)⁴⁵.

Asimismo, el numeral 5° del artículo 30 de la Resolución de la Contraloría antes mencionada, al regular el contenido del informe final, previó 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 que “este informe debe presentarse de conformidad con los términos contractuales respectivos”.

Conforme a lo anterior, un acuerdo contractual que verse sobre la contratación de una AEGR por parte de una ESP oficial no sólo no quebranta ninguna norma, sino que además se aviene a lo prescrito en la regulación al efecto expedida por la Contraloría General de la República en uso de sus atribuciones constitucionales.

Tal y como lo destacó el Consejo de Estado en este segundo pronunciamiento, la interpretación del citado fallo de constitucionalidad por parte de la Contraloría General de la República -que se deja entrever el acto administrativo en cita- por vía general, como la de la Contraloría Distrital de Bogot-

tá en el caso concreto, no se inclinan por la prohibición de celebrar contratos de AEGR sino por estimar, que sólo es obligatoria para las ESP oficiales:

“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 respectivo’.

En tal virtud, tanto la Contraloría General de la República (en un acto administrativo de carácter general) como la Contraloría General de Bogotá (según se desprende de las comunicaciones cruzadas con EAAB que obran en el expediente) parecen compartir el criterio de las entidades demandadas, en el sentido que la contratación de AEGR luego de ejecutoriado el fallo de marras, no se tornó prohibido sino optativo”⁴⁶.

En síntesis, según esta línea jurisprudencial es razonable interpretar que luego del fallo de constitucionalidad, si bien los prestadores de servicios públicos no están obligados a contratar AEGR, tampoco les está prohibido. Por consiguiente, no se configuraría la hipótesis de objeto ilícito prevista por el artículo 1523 del Código Civil, esto es que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, ni contravendría el derecho público de la nación como previene el artículo 1519 *eiusdem* y por ello no mediaría causal de nulidad absoluta del negocio jurídico por objeto ilícito en los términos del artículo 1741 de la misma codificación y no habría lugar a aplicar lo dispuesto por el artículo 1525 *ibid*.

En esta ocasión el entonces Consejero de Estado Dr. Alier Hernández Enríquez formuló un voto particular, al apartarse de la interpretación del fallo de constitucionalidad, ya que a su juicio “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 la Contraloría General de la República y las demás del orden territorial”. Como quiera esta opinión disidente luego se convirtió en criterio dominante de la Sala, a continuación se explican las razones del cambio de jurisprudencia.

B. Segunda interpretación de la sentencia C-290 de 2002: Los contratos de AEGR fueron prohibidos por la Corte Constitucional

Dos años después del primer pronunciamiento, el Consejo de Estado –en febrero de 2007– varió la jurisprudencia entonces sentada y acogió los criterios del salvamento de voto formulado un año antes. Luego de reiterar que las decisiones de la Corte sólo vinculan desde su notificación, el pronunciamiento retoma los argumentos del otrora voto particular.

Según esta nueva postura judicial, a la luz de la en Sentencia C-290 de 2002, la celebración de un contrato de auditoría externa por parte de una empresa de servicios públicos oficial, con posterioridad a la notificación de dicho pronunciamiento de constitucionalidad, debido a que su objeto hace parte del cumplimiento de las funciones propias de los órganos de control fiscal, entraña que “adolezca de objeto ilícito”, y por lo mismo, comporta infracción del interés colectivo al patrimonio público y por ello, el juez popular decidió declarar su nulidad⁴⁷.

Para la mayoría de la Sala –posición hoy dominante en la jurisprudencia del Consejo de Estado– esa contratación según la sentencia de constitucionalidad modulada no resulta optativa, ya que ello supondría la concurrencia del control fiscal con el de la AEGR, de modo que el objeto del contrato termina siendo “*idéntico*” al que por Constitución se encuentra a cargo de los órganos de control fiscal, lo cual supone entonces “*una redundancia en el objeto*”. Según este enfoque, no tiene sentido pagar una cuota de auditaje a la Contraloría y a la vez pagar por el contrato de AEGR celebrado, pues ello supone “*que se duplique este costo*” y “*contratar dos veces una misma actividad afecta, sin duda, el patrimonio público*”. Dijo esa Corporación en esta oportunidad:

“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 contractual⁴⁸.

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 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 2000⁴⁹.

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 competentes⁵⁰.

Concluyó, entonces la mayoría de la Sala, que se vulneró el derecho colectivo al patrimonio público, en consideración a que el contrato de AEGR fue celebrado a pesar de existir una prohibición expresa por parte del fallo de constitucionalidad modulada.

En esta ocasión, presentó salvamento de voto la Señora Consejera Dra. RUTH STELLA CORREA, quien –en suma– se remitió a los argumentos expuestos en la primera línea jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado, sobre la base de que no existe prohibición para la celebración de dichos contratos y que con la misma no se causó detrimento al patrimonio público, porque el objeto se ejecutó y fue incluso utilizado por los mismos organismos de control, como sucedió en los dos pronunciamientos antes aludidos.

Es de notar que en la posición disidente subrayó que el problema jurídico proviene de las interpretaciones diversas que permite

la sentencia de constitucionalidad C-290 de 2002. Para apoyar su lectura diversa de la modulación fijada, la Consejera de Estado Correa Palacio subrayó que se atenía a lo dispuesto en el condicionamiento que finalmente quedó consignado en la parte resolutive del fallo de constitucionalidad y destacó que según las normas que gobiernan el juicio de constitucionalidad, en todo caso de contradicción entre la parte motiva y la resolutive en el fallo se aplicará lo dispuesto en esta última:

“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.

(...) 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 predicen 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".

El salvamento de voto, luego de volver sobre lo dispuesto por la Contraloría General de la República en la Resolución Orgánica 5544 de 2003, que ya había sido invocada por el Consejo de Estado para respaldar su primera interpretación del fallo de constitucionalidad, resaltó el alcance de esta norma regulatoria:

"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"⁵¹

(subrayo), fue expedida por el Contralor General de la República en ejercicio de su 'función reglamentaria de orden superior'—como la denomina la jurisprudencia constitucional⁵²— 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—⁵³ 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 42 de 1993⁵⁴ 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 2000⁵⁵ 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 6.º 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',⁵⁶ 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 3.º 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 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*⁵⁷.

Este voto particular igualmente puso de relieve la interpretación, que de su contenido se infiere, hizo la Contraloría General de la República de la sentencia C-290 de 2002, en un acto regulatorio que hace parte del derecho público de la nación:

"(...) 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 julio de 2002⁵⁸, 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.

(...)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."

El criterio del Consejo de Estado expuesto en esta segunda tendencia jurisprudencial aparece consignado en dos providencias de la misma Sección Tercera⁵⁹, donde se reiteró que, interpretar que la contratación de AEGR es optativa entraña el desconocimiento de los efectos de cosa juzgada constitucional y principalmente de la *ratio decidendi* de la Sentencia C-290 de 2002. En la primera de ellas, proferida casi simultáneamente a la anteriormente reseñada, de nuevo, el Consejo de Estado insistió que para la Corte resulta inadmisibles dicha contratación:

"(...) para el Tribunal Constitucional la celebración de contratos de auditoría externa por parte de empresas de servicios públicos oficiales resulta inadmisibles, en la medida que el control fiscal otorgado por la Constitución Política a los organismos de control, específicamente a las contralorías, es de carácter exclusivo y, por consiguiente, no puede ser entregado, vía contractual, a contratistas de las citadas empresas.

En esa medida, no es posible que, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia C-290 de 2002, proferida por la Corte Constitucional – sentencia que, al no modular sus consecuencias en el tiempo, produce efectos hacia el futuro, *ex nunc*- en la cual se resaltó como *ratio decidendi*, para llegar a la exequibilidad condicionada del artículo 6° ibídem, que existe una clara incompatibilidad entre el control que ejercen las contralorías, General de la Nación y territoriales, con la auditoría externa a que obliga la disposición legal mencionada, en tanto supondría una clara duplicidad de funciones.

(...) Para la Sala es claro que el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional y, principalmente, la *ratio decidendi* que llevó a la Corte Constitucional a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 6° de la ley 689 de 2001, son razones suficientes para predicar un desconocimiento al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, de conformidad como pasa a exponerse:

Al realizar la confrontación normativa del artículo 6° ibídem frente a las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional precisó que la obligación de celebración de los contratos de auditoría externa no podía cobijar, de ninguna manera, a las empresas de servicios públicos domiciliarios del orden oficial, por cuanto ello significaría una invasión a la órbita de competencias que la Carta Política radicó en cabeza de las contralorías.

Por lo tanto, si una empresa de servicios públicos domiciliarios del orden oficial firma un contrato de auditoría externa de resultados y gestión fiscal, no sólo estaría desconociendo la prohibición que quedó establecida en la modulación de la sentencia de la Corte Constitucional (C-290 de 2002) y, de otra parte, se trasgrediría el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, como quiera que si la función de control debe ser ejercida por otra autoridad pública y, a pesar de ello, la empresa oficial celebra el contrato de auditoría, se estaría dirigiendo cierta parte de su patrimonio a un objeto o finalidad que no está tolerada legalmente, a partir de la citada sentencia de constitucionalidad.

En ese contexto, la celebración de un contrato por parte de una entidad oficial, con

claro desconocimiento de la cosa juzgada absoluta y *erga omnes*⁶⁰ que quedó contenida en la sentencia C-290 de 2002, supone una clara vulneración al derecho e interés colectivo al patrimonio público.

No se trata de una simple divergencia interpretativa como se invoca en la contestación de la demanda, en la medida que la Corte Constitucional fue enfática en señalar la 'inadmisibilidad' de celebración de los citados contratos para el caso de las empresas de servicios públicos oficiales; por ende, la argumentación sobre la prohibición de la negociación y firma de tales contratos no es un mero *obiter dicta*, sino que, por el contrario, es el soporte fundamental de la modulación contenida en el ordinal sexto⁶¹ de la parte resolutive de la mencionada providencia⁶².

En la segunda sentencia de reiteración, el Consejo de Estado puso el acento, una vez más, en la observancia imperativa de lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-290 de 2002. Se transcriben, de nuevo, algunos apartes para resaltar el tema que interesa para este ensayo, la diversa lectura que se hace de un mismo fallo de constitucionalidad modulada:

"Considera la Sala que, en el presente caso, el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional, por parte de algunos de los accionados, si bien resulta ser razón suficiente para predicar la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, no lo es respecto del derecho colectivo a la moralidad administrativa, tal como pasa a exponerse.

Puesto que, como se ha reiterado, el Tribunal Constitucional precisó en la *ratio decidendi* de

la sentencia C-290 de 2002, que la obligación de celebrar contratos de AEGR no podía cobijar, en manera alguna, a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, se tiene que la transgresión de la cosa juzgada constitucional comporta la vulneración del derecho colectivo relacionado con el patrimonio público, como quiera que si la función de control debía ser ejercida por una autoridad pública y, a pesar de ello, la empresa oficial decidió celebrar contratos de AEGR, se estaría malgastando cierta parte del patrimonio público al destinarla a una innecesaria, injustificada y prohibida duplicidad, en cuanto al objeto y finalidad de lo contratado respecto de los cometidos constitucionales de la Contraloría.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000, '[l]as 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'.

De suerte que si la Empresa de Servicios Públicos demandada debe pagar a la Contraloría un concepto que incluye el control de gestión y resultados, duplicar innecesariamente ese costo supone, efectivamente, la endilgada violación del derecho colectivo.

En ese contexto, el desconocimiento de la cosa juzgada absoluta y *erga omnes*⁶³, como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala, respecto de los dos contratos mencionados, implica la vulneración del

derecho colectivo al patrimonio público, sin que se pueda pensar que se trata de una simple divergencia interpretativa, pues la Corte Constitucional fue enfática al señalar, en la *ratio decidendi*, la 'inadmisibilidad' jurídica de la celebración de los citados contratos tratándose de empresas de servicios públicos oficiales. No se trata, se insiste, de un simple *obiter dictum*, sino por el contrario, del soporte fundamental de la modulación expresamente incorporada por la Corte en el ordinal sexto de la parte resolutive de la mencionada providencia".

CONCLUSIONES

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sintetiza el rol insustituible del Estado en el mercado de los servicios públicos, ese reducto de lo público que no puede ser encomendado a los particulares, y que en este sector de la economía recae, por imperativo constitucional, sobre la gestión de los prestadores, en tanto ella incide en forma determinante en la calidad y en los costos de los servicios públicos domiciliarios.

Paradójicamente, un fallo de la Corte Constitucional termina, sin proponérselo claro está, poniendo en cuestión esta premisa fundamental del nuevo modelo constitucional de operación de los servicios públicos domiciliarios.

Que el control constitucional es una técnica compleja y exigente es una verdad de Perogrullo. Pero quizás ello se revela en toda su dimensión al estudiar a fondo una sola de las sentencias que se profieren a su amparo. La providencia C-290 de 2002 pone de manifiesto las múltiples dificultades que enfrenta el juez constitucional en la confección del fallo.

De un lado, si la Constitución es la norma fundamental o básica del sistema normativo —en palabras de SÁNCHEZ AGESTA⁶⁴— por contera, sus preceptos hacen parte de esa fuente común que le da no sólo unidad a todo el ordenamiento jurídico sino que su pertenencia le imprime validez al mismo⁶⁵ y por ello, su estudio parcial o aislado no es procedente, ya que sólo adquieren su verdadera significación en relación con el conjunto⁶⁶.

En este caso, las normas acusadas relativas a las AEGR fueron evaluadas parcialmente frente al texto constitucional, en tanto sólo se hizo con referencia al artículo 267 superior que prevé el control fiscal, sin tener en consideración lo dispuesto también por la Constitución sobre el control de gestión a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (arts. 365 y 370 en especial). Al haber hecho el estudio del precepto como si se tratara de una disposición aislada o insular, sin referencia a estos otros mandatos superiores, se desestimó una decisión del legislador que no sólo parecía dar solución satisfactoria a la antinomia constitucional aparente que arroja la coexistencia de los dos controles constitucionales (el fiscal y el de policía administrativa), sino que brindaba la coherencia al ordenamiento.

De otro lado, si la cosa juzgada busca impedir la discusión indefinida sobre la cuestión objeto de litigio y, a la vez, evitar la posibilidad de la existencia de dos o más pronunciamientos contradictorios o repetidos sobre el mismo asunto, corresponde al juez constitucional ejercer con cuidadosa precisión la modulación de los efectos de los fallos, para evitar que la inclusión o no de condicionamientos materiales o temporales entrañe ambivalencias, que luego dificulten

la tarea que a los demás operadores judiciales corresponde.

En el caso analizado, si la ley en su texto original hubiese previsto que las AEGR no eran obligatorias para las ESP oficiales, tal y como finalmente lo dispuso la Corte Constitucional, ¿podría haberse alegado ante los jueces de la República que configuraba objeto ilícito la celebración de un negocio jurídico de esa índole por parte de una ESP oficial, cuando el principio que gobierna la contratación en servicios públicos es la autonomía de la voluntad propia del derecho común?

Por supuesto que no cuestionamos la técnica de control de las sentencias condicionadas, que por demás no es nueva en el derecho colombiano⁶⁷ y que también el juez administrativo⁶⁸ aplica, sólo que -como medida excepcional- debe adoptarse con especial cuidado.

Al no haber aparentemente una exacta correspondencia entre la motivación y el elemento textual fijado en la disposición que arrojó el condicionamiento de constitucionalidad adoptado, pero sobre todo, al acusar la modulación fijada en la sentencia C-290 de 2002 una ambivalencia evidente, en la práctica se presentaron divergentes criterios, propios del proceso interpretativo de cualquier ley.

Sin embargo, ¿ello se debió a la falibilidad del juzgador? o quizás más bien ¿a que la aplicación de los fallos de constitucionalidad modulados carece de la certeza que todos esperamos, pues al fin y al cabo, no son más que normas lo que de ellos resultan?

Si, por una parte, tras las sentencias moduladas está el principio de conservación del derecho y, por otra, la norma -luego del juicio de constitucionalidad modulado- está integrada no sólo por lo que originalmente

definió el Congreso (legislador positivo), sino que debe ser aplicada con el condicionamiento fijado por el juez constitucional (legislador negativo), es apenas natural que en muchas situaciones, como la que se analizó, el nuevo contenido preceptivo de la ley -luego de su modulación- no refleje con absoluta claridad la interpretación correctiva que se le quiso imprimir.

Las dificultades que enfrenta la sentencia C-290 de 2002 analizada no derivan sólo de la interpretación que exige la modulación adoptada, sino también de las consecuencias que provienen de la coexistencia de dos controles de gestión de rango constitucional y que no encontraron una armonización en la decisión del juez constitucional.

Surgen muchos interrogantes prácticos: ¿Quién le rinde cuentas a quién, la Contraloría a la Superintendencia o viceversa?, ¿hay violación al patrimonio público cuando los informes rendidos por las AEGR fueron allegados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia?, ¿hay afectación al patrimonio público porque las ESP oficiales pagan su cuota de auditaje y, al tiempo, pagan la contribución especial a la Superintendencia?, ¿si la Contraloría ejerce funciones de control de gestión de toda entidad estatal prestadora de servicios públicos, tampoco las ESP mixtas -que luego de otro controversial fallo de constitucionalidad revisten ese carácter⁶⁹- pueden celebrar este tipo de contratos de AEGR, aunque la providencia *sub examine* diga todo lo contrario?

Cada nueva norma -y la que proviene de un fallo de constitucionalidad modulado evidentemente lo es- desencadena una nueva posibilidad de interpretación y por ello quizás, siguiendo a la catedrática de semiótica y teoría de la interpretación uruguayana

Lisa Block de Behar habría que resignarse a decir que: "Nadie es dueño de la última palabra, tampoco del último silencio".

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1993.
- Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 22, 18 de marzo de 1991, pp. 51 y ss.
- BETTI, EMILIO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè editore, Milano, 1971.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, editorial Temis, Bogotá, 1987.
- Contraloría General de la República, *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas desde la Contraloría General de la República con la participación ciudadana*, Bogotá, 2002
- Colombia, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, Año VIII, n.º 538, 10 de diciembre de 1999.
- KELSEN, HANS, La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928.
- KELSEN, HANS, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, vol. 2, n.º 1, marzo de 2000, pp. 9 y ss.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, "La competencia en los servicios públicos", en *Revista Planeación y Desarrollo*, vol. XXIV n.º 3 septiembre-diciembre de 1993, publicación del Departamento Nacional de Planeación, Bogotá.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, La constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21, primer cuatrimestre 2007, Universidad Externado de Colombia, pp. 21 y ss.
- RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO, Justicia a través de comunicados, en *Portafolio*, 1 de junio de 2006, p. 11.
- RUIZ LLANO, JAIME, *Ponencia para primer debate al proyecto de ley 167 de 1992 [Ley 142 de 1994]*, en *Gaceta del Congreso*, Año II, n.º 121, 7 de mayo de 1993.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1976.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al., "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO "La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial" en *Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2004, pp. 173 y ss.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica*, t. IV, Edición y compilación GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE et al. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, noviembre de 2001.

Páginas web

Banco de la República, normas, disponible en <http://www.banrep.gov.co/juriscal>

- Congreso de la República, antecedentes leyes, disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co>
- Consejo de Estado, jurisprudencia, disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Contraloría General de la República, normatividad relativa a rendición de cuentas disponible en <http://www.contraloriagen.gov.co/html/normatividad/>
- Corte Constitucional, jurisprudencia disponible en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conceptos y normatividad disponible en <http://www.superservicios.gov.co/normatividadyjurisprudencia>
- * Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 26, 2008, pp. 43 a 86.
- 1 Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, titular de la cátedra de Derecho Constitucional Colombiano en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y docente del postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia.
 - 2 Según el artículo 5 del Decreto 990 de 2002, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia tiene sesenta y tres (63) funciones.
 - 3 *Vid.* Gaceta del Congreso, año VIII, n.º. 538, viernes 10 de diciembre de 1999.
 - 4 CAICEDO ORTIZ, DIEGO HUMBERTO, en prólogo a Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, t. IV, edición y compilación GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE *et al.* Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, noviembre de 2001.
 - 5 RUIZ LLANO, JAIME, Respuestas del D.N.P. a la proposición 002 de 28 de julio de 1999 de la Comisión Sexta Constitucional Permanente de la Cámara de representantes, citada en SUPERINTENDENCIA, *Op. Cit.* p. 206.
 - 6 Mediante Resolución SSPD 2006130012295 del 18 de abril de 2006, la Superintendencia de Servicios Públicos fijó varios criterios en relación con las AEGR (requisitos mínimos, características que deberán tener reunir, etc.), disponible en <http://www.superservicios.gov.co/normatividadyjurisprudencia>
 - 7 Para una aproximación crítica a esta figura ver Contraloría General de la República, Servicios públicos domiciliarios: perspectivas desde la Contraloría General de la República con la participación ciudadana, Bogotá, 2002.
 - 8 PALACIOS MEJÍA, HUGO, "La competencia en los servicios públicos", en Revista Planeación y Desarrollo, vol. XXIV n.º 3, septiembre-diciembre de 1993, publicación del Departamento Nacional de Planeación, Bogotá.
 - 9 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, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
 - 10 Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional n.º 22, marzo 18 de 1991, p. 51 y ss.
 - 11 Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 - 12 Corte Constitucional, sentencia C-599 de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 - 13 Sobre el carácter constitucional de esta faceta de la policía administrativa *vid.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 16 de junio de 1999, Rad. 931, C.P. LUIS CAMILO OSORIO; 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, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO y SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO "La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial" en *Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2004, pp. 173 y ss.
 - 14 RUIZ LLANO, JAIME, Ponencia para primer debate al proyecto de ley 167 de 1992 [a la sazón ley 142] en *Gaceta del Congreso*, año II, n.º 121, 7 de mayo de 1993.

- 15 Vid. SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO *et al.*, "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss. y PALACIOS MEJÍA, HUGO, La constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21, primer cuatrimestre 2007, Universidad Externado de Colombia, pp. 21 y ss.
- 16 Expedido al amparo de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5º del art. 1.º de la Ley 573 de 2000 para suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo que versó el Decreto 1122 de 1999, sin incluir ningún tema adicional.
- 17 Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- 18 Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- 19 Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- 20 Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- 21 Dijo la Corte: "Resulta absolutamente claro de los textos constitucionales en referencia, que la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, y dentro de la regulación prevista en la ley, son éstos los que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada. Si se admitiera que las empresas de servicios públicos con participación oficial pudieran contratar su vigilancia fiscal, ello iría en contra de la filosofía de dicho control, el cual supone que éste se ejerce por organismos externos a la entidad, como son las respectivas contralorías. En otros términos, la Constitución no autoriza el autocontrol fiscal.
(...)El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la ley ha trasladado a las empresas de servicios públicos con participación oficial la atribución que de conformidad con la ley corresponde a las contralorías de contratar la vigilancia fiscal con empresas colombianas, y no cabe duda que se incurrió en el quebrantamiento de los arts. 267 y 272 inciso 6 de la Constitución Política".
- 22 Amén de la diferente redacción de los textos, no se trataba de reproducción de actos declarados inexecutable, toda vez que la Ley 689 de 2000 fue aprobada en segundo debate en la sesión plenaria del Senado de la República el 20 de junio de 2000, y objetado por el Presidente de la República el 3 de agosto de 2000 [Diario Oficial No 44.115 del 4 de agosto de 2000] y la Sentencia C-1191 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del Decreto 266 de 2000 se profirió el 13 de septiembre de 2000.
- 23 Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2002, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- 24 Entre los pocos estudios que se encuentran sobresale el de EMILIO BETTI, profesor de la Universidad de Roma e ilustre tratadista, quien en el capítulo XVI de su célebre *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Teoria generale e dogmatica) [versión en castellano: "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos" traducción y prólogo de José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid], aborda la interpretación de la sentencia. Ello no significa que desconozcamos la nutrida producción bibliográfica referida a la "argumentación judicial", tan en boga ahora y de la que se ocupan rigurosos estudiosos como ALEXEY, MacCormick, Perelman, von Wright —entre muchos otros— la cual tiene relación con la estructura argumentativa de la sentencia judicial, con la reflexión sobre la naturaleza argumentativa de las decisiones judiciales, con la identificación y reconstrucción del argumento, con la fundamentación de la decisión y la solidez de la argumentación, en pocas palabras, con el llamado "razonamiento judicial", asuntos diferentes por supuesto, del que ahora se aborda.
- 25 KELSEN, HANS, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 37 y ss. Ver igualmente KELSEN, HANS, La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928.
- 26 Dijo el Consejo de Estado con un enfoque consecuente con su rol de juez constitucional que: "(...) si se demuestra la ostensible infracción de la disposición tal y como quedó luego del condicionamiento, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma tal y como debe leerse luego de la modulación, no sólo es procedente la aplicación de este instituto precautorio previsto en el artículo 238 Constitucional sino que

esta se impone. En efecto, dicha medida cautelar está concebida para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la Administración cuando expida sus actos, siempre que aparezca a primera vista, en un proceso comparativo a doble columna, la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, lo cual bien puede configurarse cuando del solo cotejo del acto acusado con la modulación formulada por la Corte Constitucional, en tanto ella forma una unidad con la normativa legal siempre que se presente —con claridad— su trasgresión y desconocimiento.

Lo contrario supondría tornar nugatorios los efectos del pronunciamiento de constitucionalidad, con grave perjuicio para la seguridad jurídica que imprime la cosa juzgada constitucional. En ese sentido debe ser entendido el numeral 2.º del art. 152 del C.C.A. en cuanto prescribe que basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Obviamente la exigencia allí prevista se mantiene, esto es, que la infracción del acto administrativo demandado en relación con la normatividad legal superior, debe de ser manifiesta —esto es— evidente, ostensible, producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar. Claro está que no habrá de entenderse que hacer estudios es recurrir a lo dispuesto por la Corte Constitucional en su fallo de modulación, puesto que es deber de todo operador jurídico atenerse a lo por ella decidido”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 13 de diciembre de 2007, Rad. 11001032600020070004200 (34.178), actor: CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ, demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

- 27 Sobre la evolución jurisprudencial en materia de jurisdicción y régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios *vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda. IBEROCOL LTDA., demandado: Codensa S.A. E.S.P. – Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Entre otros pronunciamientos jurisprudenciales

pueden destacarse también los siguientes: Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 19 de julio de 1995, Rad. 704, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto S-701 de 23 de septiembre de 1997, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 9 de octubre de 1997, Exp. 12.682; Auto de 13 de agosto de 1998, Exp. 14649; Auto del 26 de marzo de 1998, Exp. 14.000; Auto de 22 de octubre de 1998, Exp. 15298; Auto de 21 de enero de 1999, Exp. 15.620; Auto de 19 de febrero de 1999, Exp. 13778; Auto de 12 de agosto de 1999, Exp. 16.446; Auto de 7 de febrero de 2002, Exp. 20.928; Auto de 9 de marzo de 2000, Exp. 16661; Auto de 31 de agosto de 2000, Exp. 17234; Auto del 8 de febrero de 2001, Exp. 16.661; Auto de 12 de julio de 2001, Exp. 19.214; Auto de 4 de abril de 2002, exp. 21.838; sentencia de 6 de junio de 2002, exp. 20.634; sentencia de 21 de junio de 2002, Exp. 20825; Sentencia de 1 de agosto de 2002, Exp. 21.041; Auto de 15 de mayo de 2003, Exp. 23908; Auto de 5 de junio de 2003, Exp. 24.420; Auto de octubre 7 de 2004, Exp. 26.725; Auto de 30 de septiembre de 2004, Exp.25.453.

Por vía de doctrina (art. 26 del C.C.) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha puesto de relieve, asimismo, la importancia de la aplicación del derecho común a todo prestador de servicios públicos domiciliarios con prescindencia de su naturaleza jurídica (pública, privada o mixta): “La norma transcrita [art. 31 Ley 142] comporta la implantación del régimen de derecho privado a los procesos de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sin importar la naturaleza jurídica de los sujetos prestadores. En efecto, el legislador quiso imprimir a lo largo del articulado de la Ley de Servicios Públicos un criterio eminentemente comercial para la prestación de esta clase de servicios, aunado a una política de desregularización, que necesariamente plantea esquemas de competencia, en los cuales se exige que los distintos agentes económicos estén situados en un nivel de igualdad. (Art. 30 de la Ley 142 de 1994)”: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto SSPD 20021300000023 disponible en <http://www.superservicios.gov.co/normatividadyjurisprudencia>

- 28 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Curso de Derecho Civil, t. IV, Fuentes de las obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1993, p. 245.

- 29 "En Colombia la 'seguridad jurídica' suele identificarse tan sólo con una simple exigencia de cierta estabilidad regulatoria indispensable para que el inversionista pueda adelantar sus negocios, cuando esta categoría jurídica tiene cometidos mucho más ambiciosos. En efecto, la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de "moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho" en términos de LON L. FULLER. Así, mientras en otros países la seguridad jurídica ocupa lugar privilegiado entre sus prescripciones fundamentales —es el caso de España donde está contenida en el título preliminar de la Constitución de 1978— nuestros juristas, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y a partir de una discutible lectura de la cláusula Estado social de Derecho, se enfrascaron en un falso dilema: seguridad jurídica versus justicia material, que desembocó en la bizantina controversia entre un 'nuevo' y un 'viejo' derecho que tanto daño le ha hecho ha nuestra institucionalidad". ("Legilador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial n.º 18, p. 78).
- 30 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, actor: ALBERTO POVEDA PERDOMO, demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 31 Cfr. "Art. 331 del C.P.C. Las providencias quedarán ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva." (Modificado D. 2282 de 1989 art. 1.º, num. 155, modificado Ley 794 de 2003, art. 34).
- 32 Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL. Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 33 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, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 34 "El primer argumento a favor de la presunción de constitucionalidad de la ley está conectado con la teoría defendida por cierta corriente filosófica que considera que el proceso democrático es valioso por su tendencia a generar decisiones correctas desde un punto de vista moral. La idea es que la participación de los afectados en la deliberación colectiva y en la toma de decisiones, así como la aplicación de la regla de la mayoría, permiten garantizar que las decisiones que se adopten que las decisiones que se adopten para resolver los conflictos de intereses sean razonables (...)
- El procedimiento democrático, basado en la discusión pública por parte de los afectados y en la aplicación de la regla de la mayoría, genera, pues, una tendencia individual a moverse en la dirección de la imparcialidad, lo cual da valor epistémico a las decisiones que se tomen a través de ese procedimiento. En todo caso, el procedimiento es mejor que cualquier procedimiento alternativo, como la decisión dictatorial de uno, la aristocracia de unos pocos o el sorteo (Nino)" (FERRERES COMELLA, VÍCTOR. Justicia Constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 164 y ss.).
- 35 JIMÉNEZ CAMPO, ESPAÑA: Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley, en VVAA Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Ariel Derecho, Madrid, 1ª ed., enero de 1998, pp. 175 y ss.
- 36 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, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 37 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, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 38 Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993.
- 39 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.
- 40 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,

- Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 41 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 oros, Rad. 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- 42 El ex ministro, profesor y tratadista JUAN CAMILO RESTREPO critica esta costumbre, que ha hecho carrera en nuestra Corte Constitucional, de anunciar sus decisiones a través de comunicados de prensa "y solo dos o tres meses después divulgar el fallo propiamente dicho" ver RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO, Justicia a través de comunicados, en *Diario Portafolio*, 1.º de junio de 2006, p. 11.
- 43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, actor: LUIS ENRIQUE POVEDA PERDOMO, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y otro, C.P. RUTH STELLA CORREA, S.V. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- 44 Diario Oficial n.º 45.413, de 27 de diciembre de 2003.
- 45 La cual fue modificada parcialmente por la Resolución Orgánica 5594 de julio 28 de 2004 pero sólo en punto de los formatos de que trata la norma. Este aparatado no sufrió alteración alguna por la Resolución 5993 de 2008, como tampoco por las Resoluciones 5872 de 2007, 5799 de 2006, 5414 de 2006, 5674 de 2005, 5594 de 2004, 5580 de 2004, 5571 de 2003, *vid.* <http://www.contraloriagen.gov.co/html/normatividad/>
- 46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, actor: LUIS ENRIQUE POVEDA PERDOMO, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y otro, C.P. RUTH STELLA CORREA, S.V. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- 47 Sobre la evolución jurisprudencial en este punto *vid.* SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares", en *VVAA, Teoría Constitucional, Liber amicorum en homenaje a VLADIMIRO NARANJO MESA, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, 2006, Bogotá, pp. 309 y ss.
- 48 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)."
- 49 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 la 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."
- 50 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-410012331000200400726 01, actor: MARÍA NUBIA ZAMORA VARGAS., demandado: Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata y otros, C.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, S.V. RUTH STELLA CORREA.
- 51 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)
- 52 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.
- 53 Corte Constitucional, sentencias C-832 de 2000 y C-384 de 2003.
- 54 Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, en Diario Oficial n.º 40.732 de 27 de enero de 1993.
- 55 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 n.º 43905 de 22 de febrero de 2000.
- 56 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.
- 57 FORSTHOFF, ERNST, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 337 y ss.
- 58 "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 desfi-
- jado 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, Rad. 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, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-01640-01, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. AP-410012331000200400690 01, actor: MARÍA NUBIA ZAMORA, demandando: Empresas Públicas de Garzón "EMPUGAR", C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, S.V. RUTH STELLA CORREA PALACIO y Sentencia de 19 de abril de 2007, Exp. 410012331000200400819 01, actor: MARIA NUBIA ZAMORA, demandando: Empresa de Servicios Públicos de Pitalito y otros, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, S.V. RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 60 "Art. 243 C.P.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."
- 61 Ver página 21 *ut supra*.
- 62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. AP-410012331000200400690 01, actor: MARÍA NUBIA ZAMORA, demandando: Empresas Públicas de Garzón "EMPUGAR", C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, S.V. RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 63 Art. 243 C.P. "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

- 64 SANCHEZ AGESTA, LUIS, Principios de teoría política, Madrid, Editora Nacional, Madrid, 1976, p. 377
- 65 BOBBIO, NORBERTO, Teoría general del derecho, editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 168 y ss.
- 66 Ella es quizás una de las razones –por supuesto no la única– por la cual el artículo 22 del decreto 2067 de 1991, régimen procedimental de juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, prescribe que ésta debe confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, precepto que fue reiterado por el artículo 46 de la ley estatutaria de administración de justicia al prever el denominado “control integral” de la Constitución. Sin embargo –como es sabido– el fallo de constitucionalidad respecto de este último artículo (Sentencia C 037 de 1996, que al modular el texto de la norma estatutaria dispuso que mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta), lo mismo que una práctica judicial recurrente terminaron por morigerar este mandato bajo la extensión de la figura denominada “cosa juzgada constitucional relativa”, conforme a la cual una decisión de constitucionalidad se circunscribe a los aspectos estudiados y no a otros que no fueron materia de análisis.
- 67 Así lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia n.º 71 del 3 de octubre de 1989 cuando oficiaba como juez constitucional: “la decisión de exequibilidad de normas legales condicionada a una determinada interpretación o alcance de las mismas no es novedosa, encuentra claros antecedentes jurisprudenciales (...)”. Entre esos antecedentes jurisprudenciales la doctrina cita los siguientes: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de agosto 2 de 1912, M.P. SUÁREZ MURILLO; sentencia de 23 de junio de 1913; sentencia de 22 de agosto de 1913; sentencia de 3 de noviembre de 1915; sentencia de 22 de marzo de 1919; sentencia de 21 de noviembre de 1919; sentencia de 28 de julio de 1924, M.P. ROSALES; sentencia de 18 de noviembre de 1924; sentencia de 18 de noviembre de 1926; sentencia de 9 de noviembre de 1929; sentencia de 28 de febrero de 1935; sentencia de 7 de octubre de 1936, M.P. ZULETA ÁNGEL; sentencia de 13 de mayo de 1941, M.P. FERNÁNDEZ DE SOTO; sentencia de 6 de septiembre de 1943; sentencia de 2 de noviembre de 1944, M.P. JORDÁN JIMÉNEZ; sentencia de 10 de abril de 1947; sentencia de 24 de julio de 1961, MP HERNÁNDEZ ARBELÁEZ; sentencia de 28 de junio de 1965, M.P. Bravo; sentencia de 1 de marzo de 1966; sentencia de 21 de octubre de 1976, M.P. SALGADO VÁSQUEZ; sentencia de 9 de junio de 1988, M.P. MORÓN y Sentencia n.º 76 de 3 de octubre de 1989 (Vid. MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana, en Revista Estudios Socio-jurídicos, Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, vol. 2, n.º 1, marzo de 2000, pp. 9 y ss.).
- 68 En materia de modulación por su contenido ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía- GREC, C. P. RUTH STELLA CORREA PALACIO y en cuanto a la modulación de los efectos en el tiempo ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 18 de noviembre de 2008, Rad: 11001-03-15-000-2008-00588-00, actor: CARLOS ALBERTO HIDALGO AGUILERA, demandado: PEDRO NELSON PARDO RODRÍGUEZ, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, AV Susana Buitrago Valencia.
- 69 Vid. SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, ¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, n.º. 25, 2.º cuatrimestre 2008, Universidad Externado de Colombia.