



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

SENTENCIA N° 2018-02-014 AP

Bogotá D.C. febrero quince (15) de dos mil dieciocho (2018)

EXP. RADICACIÓN: 110013336035 2012 00975 01
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES
COLECTIVOS
ACCIONANTE: PERSONERÍA DE MOSQUERA
ACCIONADO: HYDROS MOSQUERA S EN C.A.
TEMAS: DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD
ADMINISTRATIVA Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO
PÚBLICO
ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Hydros Mosquera S. en C. y EAMOS E.S.P., contra la sentencia del 11 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Facatativá, mediante la cual amparó el derecho colectivo al patrimonio público, así:

“PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ampárense los derechos colectivos al patrimonio público.

TERCERO: En consecuencia, declárase la nulidad absoluta de la Escritura Pública 9420 de 13 de septiembre de 2002 mediante la cual se constituyó HYDROS MOSQUERA S. en C.A. E.S.P.

PARÁGRAFO. Ofíciase a la a la Notaría 29 del Circuito de Bogotá para que haga las correspondientes anotaciones.

CUARTO. Sin perjuicio de la buena prestación del servicio, dispóngase las restituciones mutuas siguientes:

- 1) Ordénase a Hydros Mosquera S. en C.A. ESP que, en término máximo de tres meses, restituya y/o entregue a EAMOS ESP toda la infraestructura para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Mosquera, y devuelva los inmuebles que haya recibido en virtud del Acta de entrega de los recursos de 17 de enero de 2003 (fls. 293 a 371 C-1), conforme lo expresado en la parte motiva.*
- 2) Ordénase a Hydros Mosquera S. en C.A. ESP que, en término máximo de tres meses, restituya y/o entregue a EAMOS ESP., mediante subrogación, los contratos de condiciones uniformes que tenga para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado.*
- 3) Órdenase a Hydros Mosquera S. en C.A. ESP que restituya, previo trámite incidental, a EAMOS ESP todos los dineros que haya recibido por concepto de traslados referidos en el numeral 7° del artículo 64 de la Escritura Pública No. 9420 de 13 de septiembre de 2002, junto con la corrección monetaria desde el día en que fueron entregados a EAMOS ESP o por la entidad fiduciaria, según el caso, hasta el día de la devolución efectiva conforme a las variaciones que haya sufrido el IPC, certificado por el DANE y de acuerdo a la fórmula*

siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el valor entregado por EAMOS ESP, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se hizo entrega de dichos dineros por parte de EAMOS ESP).

PARÁGRAFO. Dineros que principiaron a generar intereses de mora a partir de la ejecutoria del auto que resuelva el incidente ordenado.

- 4) Condénase a Hydros Mosquera S. en C.A. ESP a pagar, previo el trámite incidental, a EAMOS ESP el valor de los insumos, repuestos, activos muebles, cartera o cuenta por cobrar, equipos y demás que haya recibido en virtud de la cláusula 64 mencionada. Las sumas que resultaren generan intereses de mora a partir de la ejecutoria del auto que así lo disponga.
- 5) Condénase a Hydros Mosquera S. en C.A. ESP a pagar a EAMOS ESP, el justo precio del usufructo desde el momento en que haya recibido la infraestructura para la prestación del servicio de acueducto y hasta que la devolución se haga efectiva. Suma que será liquidada previo trámite incidental y que generará intereses de mora desde la ejecutoria de la providencia que la determine.
- 6) Condénase a EAMOS ESP, previo trámite incidental, a cancelar a Hydros Mosquera en C.A. ESP las obras que ésta haya realizado y deba entregar con ocasión de esta sentencia.
- 7) Los gastos que se incurran con ocasión de las restituciones mutuas en cuestión estarán a cargo de Hydros Mosquera sociedad en C.A. ESP.

QUINTO. Una vez culminado el trámite incidental señalado en los numerales precedentes, adiciónese a la sentencia con la determinación de la correspondiente condena.

SEXTO. Efectúese la compensación respectiva respecto de las obligaciones mutuas a cargo de las partes.

SÉPTIMO. Dispóngase que EAMOS EPS, como prestadora del servicio de acueducto y alcantarillado, a partir del momento en que empiece a prestar dicho servicio es la beneficiaria de los subsidios legalmente previstos para el efecto.

OCTAVO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO. Para verificar el cumplimiento de este fallo CONFÓRMASE un comité integrado por el personero municipal de Mosquera, dos delegados de la Alcaldía de Mosquera y los delegados de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República.

(...)” (Fls. 195 a 214 C 4)

Igualmente es importante señalar que en los términos de que trata el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011 se ha efectuado el control oficioso de legalidad de cada una de las etapas surtidas, concluyéndose que no se observa causal de nulidad que amerite ser declarada en esta instancia.

I ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 16 a 25 Cuaderno No. 1)

El señor Carlos Guillermo Granados Palacio actuando en representación de La Personería de Mosquera presentó demanda de acción popular en contra de Hydros Mosquera S. en C.A.

E.S.P., la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera- EAMOS y el municipio de Mosquera por considerar quebrantados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda, pueden resumirse en lo siguiente:

- i) Mediante Escritura Pública No. 9420 de 2002 emitida por la Notaría 29 de Bogotá, las empresas Hydros Colombia S.A., Gestaguas S.A., Frizo LTDA., Constructora Némesis S.A., y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera- EAMOS; constituyeron una sociedad en comandita por acciones para prestar servicios públicos domiciliarios.
- ii) La sociedad en comandita por acciones fue denominada Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., con domicilio en Bogotá y con una vigencia de 20 años.
- iii) La sociedad está conformada así:

SOCIOS COMANDITARIOS	SOCIOS GESTORES	NUMERO DE ACCIONES
EAMOS E.S.P. (PÚBLICA)		17.800
HYDROS S.A.	HYDROS S.A.	550
GESTAGUAS S.A.	GESTAGUAS S.A.	550
FRIZO LTDA	FRIZO LTDA	550
CONSTR. NEMESIS S.A.	CONSTR.NEMESIS S.A.	550

- iv) Dentro de la Escritura Pública, se establecieron los parámetros de dirección, administración y representación de la sociedad, y se determinó que la *“Dirección de la sociedad estará a cargo de la Asamblea de Accionistas”*
- v) En el artículo 25 de la Escritura Pública de constitución de la sociedad se estableció que la Asamblea de Accionistas *“estaría compuesta por los accionistas inscritos en el libro de registro de accionistas y que para conformarse un quórum deliberatorio, deben estar un numero plural de accionistas que representen por lo menos el 51% las acciones suscritas y un quórum decisorio con el voto afirmativo de por lo menos el 51% de las Acciones Comanditarias suscritas y la totalidad de las acciones de los socios gestores”*.
- vi) En el artículo 69 de la misma Escritura se establecieron los criterios de transferencia de la administración en donde se determinaron los parámetros por medio de los cuales EAMOS E.S.P., entregaría sus bienes a la nueva sociedad creada.
- vii) Se estableció también que EAMOS trasladaría a favor de la sociedad constituida a través de la fiducia, todos los recursos que se obtengan a través de la nación, municipio, departamento u otras entidades de cofinanciación, al igual que los recursos que le corresponden al sector de agua potable y saneamiento básico, así como el traslado de los subsidios de los estratos subsidiables en caso que las contribuciones de los estratos 5 y 6 y sectores comercial e industrial no arrojen el monto requerido para el equilibrio entre subsidio y contribuciones a través del fondo de solidaridad y distribución de ingresos.
- viii) Mediante Escritura Pública No. 0391 del 21 de enero de 2004 emitida por la Notaría 29 de Bogotá se realizó una reforma al contrato de sociedad en donde además de incluirse un reglamento para la emisión y venta de acciones, se estableció en su artículo 10 que se modifica el artículo 70 de los estatutos iniciales conformando y definiendo periodo y sesiones de la Junta Directiva, la cual está conformada por cinco miembros principales: un miembro en representación de los usuarios accionistas comanditarios, y tres miembros en representación de los socios gestores de la empresa que serán elegidos por ellos mismos.

- ix) Dentro del artículo 11 de la Escritura No. 0391 se estableció que dentro de las funciones de la Junta Directiva está la de fijar políticas generales de la empresa.
- x) El 21 de diciembre de 2007 se emitió la Escritura Pública No. 6541 de la Notaría 51 de Bogotá, en donde se formalizó la sesión de las acciones de todos los socios gestores a GESTAGUAS S.A.

En cuanto a la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público indicó que:

- i) Existe una pérdida de poder de decisión por parte del socio mayoritario de la sociedad, como quiera que con el cambio realizado en la última escritura pública se convirtió a los tres representantes gestores de las demás empresas en los llamados a tomar las decisiones, lo cual genera una inequitativa forma de decidir los asuntos de una sociedad donde los recursos son públicos y donde las acciones mayoritarias las tiene EAMOS ESP;
- ii) No hay evidencia de la constitución real de una fiducia para la conformación del patrimonio autónomo distinto al de EAMOS ESP y al de Hydros Mosquera S en C.A tal y como quedó establecido en el contrato pues debía trasladarse a favor de la sociedad constitutiva todos los recursos que se obtuvieran a través de la nación, municipio, departamento u otras entidades de cofinanciación, así como también los recursos que le corresponden al sector de agua potable y saneamiento básico, subsidios y sectores comercial e industrial que no arrojen el monto requerido para el equilibrio entre subsidio y contribuciones a través del fondo de solidaridad y distribución de ingresos.

Por otra parte, señala que no se determinó la naturaleza de estos traslados ni la contraprestación a cargo de la empresa creada por esa entrega de recursos y llama la atención precisando que *“... no se puede inferir que los recursos gestionados por esta empresa deban entrar directamente a la Sociedad objeto de análisis, como lo pretende ordenar la cláusula de transferencia de bienes, ya que son personas jurídicas totalmente independientes, así como no puede establecerse que el patrimonio de alguno de los socios continúe trasladándose indefinidamente en el tiempo y en la cuantía, a la nueva empresa, por cuanto esto generaría una situación de desventaja respecto al resto de socios, quienes además de tener el derecho exclusivo de la administración de la Sociedad, trabajan con recursos que el socio mayoritario aporta de forma indefinida, sin que además este último pueda tomar decisión alguna dentro de la nueva empresa (...).*

En conclusión, la cláusula de transferencia de bienes desconoce derechos colectivos en la medida en que no es lógico que alguien conforme una sociedad con un capital autorizado que suscribió y pago en su totalidad, adicionalmente se obligue a seguir transfiriendo durante todo el plazo de ejecución del contrato, recursos propios y gestionados por el sin que se aumente su participación y demás derechos en la nueva sociedad, hecho que sucedió en el caso que nos ocupa, con el agravante de que el aportante de esos recursos es una entidad pública y prestadora de servicios públicos de Mosquera que no tiene el control de la empresa.” (Fl. 22 C1)

- iii) Falta de autorización de autoridades municipales respecto a la transferencia de acciones y activos, toda vez que el Concejo Municipal de Mosquera debió emitir un aval para la creación de una sociedad de economía mixta según lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, artículos 13 constitucional, 69 y 67 de la Ley 489 de 1998 y 29 del Decreto Ley 1050 de 1986, a pesar de que todo el proceso de contratación y acuerdo de voluntades sea de carácter privado.

El demandante solicitó como pretensiones:

- 1) Que se declaren vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público de los habitantes de Mosquera con la ejecución del contrato de sociedad contenido en la Escritura Pública No. 9420 de 2002;
- 2) Establecer como no escrita la cláusula que le quita la atribución de adoptar las políticas generales de la compañía a la inicial Asamblea de Accionistas y que se las da a la Junta de Socios;
- 3) Establecer que la cláusula de transferencia de bienes del contrato de sociedad vulnera los derechos colectivos y que se realicen las restituciones a que haya lugar a EAMOS E.S.P.;
- 4) Establecer si se requería o no autorización del Concejo Municipal de Mosquera y en caso afirmativo decretar la nulidad del contrato de sociedad objeto de la demanda.
- 5) Tomar medidas preventivas con el fin de que una vez sea admitida la demanda, se suspenda la presunta vulneración los derechos, mediante el traslado provisional del servicio al municipio de Mosquera.

1.2. Contestación de la Demanda

1.2.1. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS E.S.P. (Fls. 78 a 84 Cuaderno No. 1)

En su escrito de oposición señaló frente a la pérdida de poder de decisión por parte del socio mayoritario de la sociedad, que al estar la Empresa Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., constituida mediante un documento privado, esto es una Escritura Pública de 2002 que conforma una sociedad en comandita por acciones, se está frente a una figura comercial y por ende se rige por el Decreto 410 de 1971.

De acuerdo a lo anterior, señala que las actuaciones y postura de EAMOS E.S.P. dentro de la empresa prestadora del servicio es acorde a las características de la sociedad creada, dada su condición de socio comanditario, además de que los actos que desenvuelven los socios son regidos por el derecho privado y son tendientes al cumplimiento de los principios de la función pública y los fines estatales.

Resalta que (i) los votos de la Junta para tomar decisiones son acorde con el número de socios que conforman la sociedad prestadora del servicio, (ii) EAMOS E.S.P., se establece como socio comanditario de conformidad con su función delegada, toda vez que esta no quedaba a cargo de la operación y correspondiente prestación del servicio, por lo que no podía poner en riesgo su patrimonio al hacerse socio responsable como gestor.

Indica que a pesar de su condición de comanditaria la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera- EAMOS E.S.P., desde la constitución la Sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., posee prerrogativas para el control de la sociedad como función de interventoría donde establece procedimientos conminatorios y las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento del objeto social o la indebida utilización de los recursos destinados para la operación.

Aclara que el poder decisorio de EAMOS E.S.P., está bajo el régimen comercial y el tipo societario, por lo que sus socios realizan sus actuaciones bajo el principio de buena fe, de igual forma que no se está afectando el patrimonio público, toda vez que la empresa cuenta con diferentes herramientas para la intervención de la sociedad y vigilancia de los recursos públicos, además que a la fecha no existe detrimento o menoscabo del erario y por ende no

existe trasgresión a la moralidad administrativa ni al patrimonio público.

Frente a la Transferencia de todos los recursos de EAMOS E.S.P., a través de la fiducia y a favor de la nueva sociedad, señala que de conformidad con la Escritura Pública 9420 de 2002, no se ha vendido ni transferido el dominio a ningún título a la nueva sociedad, entregando el derecho de usufructo de la infraestructura de EAMOS E.S.P., esto es, recibiendo contraprestación a cambio.

Conforme lo anterior, precisa que la Escritura Pública 0391 de 2004 señala los derechos de EAMOS E.S.P., estableciendo entre otras cosas su participación en los rendimientos o utilidades sociales y además señala el monto destinado para el funcionamiento de la EAMOS E.S.P.

En lo que tiene que ver con la constitución de la fiducia establecida en la Escritura Pública 9420 de 2002, esta se encuentra constituida por la empresa Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., para el manejo de los recursos establecidos en el acto de constitución.

Aduce que el traslado de los recursos de la nación, departamento y municipio a que se refiere la Escritura Pública, es concordante y consecuente con los fines del Estado, toda vez que es la encargada de la prestación del servicio y es idónea para la ejecución de los recursos, no teniendo sentido la entrega de los recursos a EAMOS E.S.P., que realiza actuaciones como socio comanditario y además no posee la operación del servicio.

Señala que no existe fundamento que permita deducir una vulneración a la moralidad administrativa y patrimonio público, toda vez que se han salvaguardado los bienes y recursos públicos de la operación prestadora del servicio entregados a la sociedad, así como la participación de la EAMOS E.S.P., en las utilidades de la sociedad, los recursos entregados para su funcionamiento, sumado a que los recursos entregados a la sociedad se hacen en desarrollo de su objeto social y la prestación del servicio.

Frente a la falta de autorización de autoridades municipales respecto a la transferencia de acciones y activos, menciona que mediante acuerdo 021 de noviembre de 1995, se creó EAMOS E.S.P., como una empresa industrial y comercial que sigue vigente y en funcionamiento. EAMOS E.S.P. celebró contrato para la creación de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., sin embargo EAMOS E.S.P., no deja de existir sino que determina asociarse para la prestación del servicio, de conformidad con las funciones y facultades otorgadas mediante el acuerdo de creación.

Indica que la empresa no realizó transferencia del dominio de los activos a EAMOS E.S.P., sino la entrega de uso de la infraestructura y del *stop* del inventario que poseía.

Resalta que EAMOS E.S.P., tenía desde el momento de su creación facultades para asociarse con el objeto de la prestación del servicio, por lo que no necesitaba autorización del Concejo Municipal para la celebración del contrato de sociedad, en consecuencia, el contrato de sociedad no adolece de vicio alguno respecto a su formación.

Menciona que la actuación desarrollada por EAMOS E.S.P., está legitimada bajo el principio de legalidad, lo que desvirtúa la vulneración de los derechos a la moralidad administrativa y patrimonio público.

Finalmente reitera que (i) EAMOS E.S.P. desarrolló su actuación teniendo como objetivo la prestación eficiente del servicio y bajo el principio de legalidad, (ii) existió una adecuada ejecución de los recursos públicos entregados por EAMOS E.S.P., a la sociedad Hydros Mosquera S en CA E.S.P., toda vez que no existe algún detrimento patrimonial y que además recae sobre la empresa una función interventora en el aspecto financiero, técnico y administrativo que permite una vigilancia de los recursos públicos pertenecientes a la

sociedad, (iii) no existe una vulneración de la moralidad administrativa y del patrimonio público, toda vez que EAMOS E.S.P., no actuó de mala fe sino que por el contrario actuó bajo los parámetros del tipo societario y la ley comercial sin dejar de lado los principios de la función pública y los fines estatales.

En consecuencia solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda.

1.2.2. Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. (Fls. 1 a 34 Cuaderno No. 2)

El apoderado de Hydros Mosquera allegó contestación de la presente acción oponiéndose a cada una de las pretensiones y aduciendo que:

- (i) No existe una vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público de los habitantes de Mosquera con ocasión de la ejecución del contrato de sociedad contenido en la escritura No. 9420 de 2002, toda vez que nunca se ha impedido el ejercicio de su condición de socio mayoritario a EAMOS E.S.P., por lo que se encuentra protegido el patrimonio público, además no se observa que los documentos allegados al proceso sean ilícitos o ilegales y que afecten los principios de la función administrativa para que se infiera una vulneración a la moralidad administrativa.
- (ii) Frente a la solicitud de declarar como vulneradora de derechos colectivos la cláusula de transferencia de bienes del contrato de sociedad y que se realicen las restituciones a que haya lugar a EAMOS E.S.P., no tiene validez, toda vez que en el contrato no se estipula que EAMOS ESP traspasa, entrega o da a Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. los bienes, sino que por el contrario se prohíbe vender o realizar tradición de dominio de bienes a título alguno a la nueva sociedad, esto, reflejado en el artículo 64 de la Escritura de constitución.

Agrega que en este tipo de sociedades en comandita por acciones, en donde EAMOS E.S.P., es el socio mayoritario, se protege mejor el capital público, al no responder EAMOS E.S.P. con su patrimonio de forma ilimitada, como sí lo hacen los socios gestores. Los bienes fueron aportados para el cumplimiento del objeto social y EAMOS tampoco responde con su patrimonio, por lo que se protege el derecho colectivo de salvaguarda del patrimonio público. Por otra parte, la cláusula y forma societaria no deviene en un objeto ilícito, por lo tanto no afecta la moralidad pública.

- (iii) En cuanto a la pretensión de establecer si se requería o no autorización del Concejo Municipal de Mosquera y que en caso de requerirse se declare la nulidad del contrato de sociedad, indica que se tuvieron todas la autorizaciones y habilitaciones requeridas para conformar Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., además porque de acuerdo al precedente constitucional, se establece que la acción popular no es el medio procesal para obtener la nulidad de contratos.

De lo anterior infiere que la presente acción no es el mecanismo judicial idóneo y que tampoco se ha vulnerado ningún derecho colectivo con la creación de Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P.

Además considera que frente a la afirmación del accionante consistente en la pérdida de poder de decisión por parte del socio mayoritario de la Sociedad, pone de presente que Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., es una sociedad mercantil comandita por acciones y prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio de Mosquera, y que de acuerdo a la norma mercantil, se observa que Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., recoge esas disposiciones pues hace parte de su naturaleza jurídica.

Menciona que la responsabilidad del socio gestor es diferente a la del socio comanditario,

siendo la de este último hasta el monto de sus respectivos aportes y la del primero solidaria e ilimitada por todas las operaciones sociales.

Indica que por naturaleza y esencia quien pone en riesgo su patrimonio es el socio gestor y que además por disposición legal y estatutaria es quien administra la empresa.

Señala que de acuerdo a la ley mercantil, las responsabilidades son del administrador, dentro de los que se cuenta a la junta directiva, y precisa que en una asamblea general de accionistas de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., se propuso a los accionistas, en donde participó EAMOS E.S.P., reformar los estatutos sociales, propuesta que no fue aprobada, pero que sin embargo esta última empresa participa dentro de la administración con el régimen de responsabilidades personales que eso implica.

Menciona que EAMOS E.S.P., impone las mayorías decisorias en asamblea de socios, designa un Revisor Fiscal de la empresa y administra la misma, a través de su representante legal al interior de la Junta Directiva de Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., y ejerce interventoría sobre la empresa.

Frente a la transferencia a través de fiducia y a favor de la nueva sociedad, de todos los recursos de EAMOS E.S.P., indica que el contrato de fiducia sí existe y está creada en la Fiduciaria de Occidente No. 3-1-459 del 24 junio de 2003, se constituyó un patrimonio autónomo en donde se recaudan todos los dineros de la empresa. Indica que queda demostrada la inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos en las cláusulas contractuales y que por el contrario la constitución de la fiducia busca proteger los recursos que se obtengan para la prestación continua y eficiente del servicio público esencial.

Por otro lado, menciona que no existe entrega de recursos por parte de EAMOS E.S.P., ya que los bienes no han salido de su patrimonio. Estos bienes se han entregado en usufructo a la sociedad creada y retornarán a su titular una vez haya finalizado la vida de la sociedad, tal y como consta en los estatutos.

Aclara que los recursos a los que hace referencia el demandante, son los que por Ley tienen una destinación específica y los cuales deben ser administrados e invertidos o distribuidos por el prestador del servicio público esencial el cual es Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., de la cual EAMOS E.S.P., es socio mayoritario.

Refiere que no existe ni existió ningún tipo de enajenación ni título traslativo de dominio por parte de EAMOS E.S.P., a Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., razones por las cuales no existe detrimento patrimonial de EAMOS ESP ni se encuentran amenazados los derechos colectivos a la moralidad pública y el patrimonio público.

Frente a la autorización de las entidades municipales respecto a la transferencia de acciones y activos, manifiesta que con el contrato elevado a Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre del 2002 no se creó una sociedad de economía mixta, que sí requiere esa habilitación, sino que por el contrario se constituyó una sociedad de servicios públicos mixta por lo cual se sujetan a un régimen especial que no es el mismo de las entidades descentralizadas.

En su escrito procede a realizar un análisis legal, doctrinal y jurisprudencial del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Indica además que la facultad de autorizar la creación de una sociedad con régimen especial no está en cabeza del Concejo Municipal, toda vez que no se la atribuye la Constitución ni la Ley, la habilitación que se requería era la de la Junta Directiva de EAMOS E.S.P., la cual se dio en el Acuerdo No. 004 y 005 y en el Acuerdo No. 008 del 2002.

Sostiene que teniendo en cuenta que las Empresas de Servicios Públicos tienen fundamento en su creación en la Ley 142 de 1994, mal haría el accionante en pedir la nulidad del contrato, toda vez que existió ajuste a la Constitución y la Ley para la creación de la sociedad, y además considera que la presente acción no es el medio procesal para solicitar la nulidad del contrato.

Invoca como excepciones: (i) Inexistencia de la violación o amenaza de derechos e intereses colectivos; (ii) falta de legitimación por pasiva; (iii) falta de jurisdicción por improcedencia de la acción popular para pedir la nulidad del contrato; (iv) cosa juzgada.

Por último, solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas y se rechacen las pretensiones de la demanda.

1.2.3. Municipio de Mosquera (Fls. 106 a 109 Cuaderno No. 4).

Mediante escrito radicado el 02 de marzo de 2015, el apoderado judicial del municipio de Mosquera, allega su escrito de contestación de demanda oponiéndose a las dos primeras pretensiones del accionante, toda vez que no es responsable de ninguna vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa.

Señala que no tiene competencia directa en la conformación de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., ni en la constitución de sus socios o conformación de su asamblea o junta directiva, pues su participación se limitó a deliberar acerca de la autorización para crear la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., lo cual se circunscribe al ámbito de las atribuciones constitucionales y legales del municipio de Mosquera.

Invoca como excepciones: (i) improcedencia de la acción popular en contra del Municipio de Mosquera, por la inexistencia de una acción u omisión de su parte que haya violado o amenace violar intereses colectivos; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iii) ausencia del daño contingente; (iv) inexistencia de la omisión; (v) falta de prueba; y (vi) inexistencia de violación de derecho colectivo alguno.

1.3. Audiencia de Pacto de Cumplimiento (Folios 142 a 145 Cuaderno 4)

Mediante providencia del 11 de marzo de 2015, el Juez Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Facatativá, fijó fecha para la celebración de Audiencia de Pacto de Cumplimiento para el día ocho (08) de abril de dos mil quince (2015), la cual se declara fallida, toda vez que no existió fórmula que pudiera satisfacer las pretensiones de la demanda.

1.3. Alegatos de Conclusión e intervención del Ministerio Público

La **parte demandante** allega escrito de alegatos de conclusión (Fls. 173 a 177 C4), en el cual reitera los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda, indicando entre otros aspectos que en el transcurso del proceso no se dictaron correctivos que permitieran suponer que la vulneración a los derechos colectivos dejó de existir.

Considera que está acreditado dentro del proceso que la gran mayoría de las acciones corresponden a Hydros Mosquera y no puede participar en las políticas generales de la sociedad creada, lo cual desconoce los derechos colectivos invocados.

Indica por otro lado que se debe tener en cuenta un precedente jurisprudencial proferido en segunda instancia mediante el expediente No. 25000-23-25-000-2003-01371 en el cual se estudiaron hechos de igual similitud respecto al objeto de debate de esta acción y en el cual se concluye una vulneración de derechos colectivos por parte de la empresa Hydros Mosquera S. en C.A.

Solicita que se accedan a las pretensiones de la acción, toda vez que existe certeza de la vulneración de los derechos colectivos.

Por otra parte, el apoderado de **Hydros Mosquera S en CA ESP** (Fls. 157 a 171 C4) reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y en el escrito de alegatos radicado el 13 de enero de 2014, enfatizando en las razones por las cuales no se debe declarar la nulidad absoluta del contrato de constitución de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP, a saber:

- (i) La existencia de cosa juzgada;
- (ii) La responsabilidad de EAMOS ESP se limita al monto de sus aportes mientras que la de los socios gestores asumen solidaria e ilimitadamente el riesgo por el desarrollo del objeto social, por lo cual el patrimonio público no se encuentra en riesgo a demás porque los bienes entregados en comodato por la sociedad EAMOS han sido administrados satisfactoriamente por la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP tanto así que se ha incrementado satisfactoriamente;
- (iii) La condición de interventor de EAMOS permite concluir que la administración de los recursos confiados a la sociedad, están respaldados por el control delegado a EAMOS, la cual ha realizado auditorías reflejando resultados satisfactorios. Además el municipio no ha entregado la administración de sus bienes a particulares, porque entre otras cosas, Caudales Colombia SA ESP (antes Gestaguas S.A. ESP) es una empresa de economía mixta cuyo 86% de capital es de naturaleza pública, por lo cual la administración de los bienes de Hydros Mosquera está en cabeza de un ente público;
- (iv) La aprobación del Concejo Municipal para la creación de Hydros Mosquera S en C.A ESP;
- (v) La carencia del permiso del Concejo Municipal a la empresa EAMOS no genera una nulidad absoluta, pues jurídicamente debe tenerse en cuenta que la falta de capacidad de un socio genera nulidad relativa y no absoluta.

La **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera** y el **Ministerio Público** se abstuvieron de rendir alegatos de conclusión y/o concepto.

1.4. Fallo Impugnado de Primera Instancia (Fls. 195 a 214 Cuaderno No. 4)

En la sentencia proferida en primera instancia la juez analizó entre otros aspectos, la presunta vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Frente a la vulneración de la moralidad administrativa, después de realizar un análisis de este derecho colectivo a través de la jurisprudencia y la doctrina, indica que los cargos que se atribuyan en una acción popular en los que se alegue la vulneración de este derecho, deben estar fundamentados en circunstancias que atiendan a que la actuación administrativa atacada estuvo motivada por fines diferentes a los del correcto ejercicio de la función pública.

Indica entonces que de acuerdo al material probatorio, no se demostró que con la constitución de la sociedad en comandita por acciones Hydros Mosquera ESP, las empresas EAMOS E.S.P., HYDROS S.A., GESTAGUAS S.A., FRIZO LTDA., y CONSTR. NÉMESIS S.A., hayan tenido la intención ladina de favorecer los intereses particulares de terceros o algún tipo de malversación de los recursos públicos.

Por otro lado, frente a la vulneración del patrimonio público, señala que con la defensa del patrimonio público como derecho colectivo se busca que los servidores públicos y los particulares que manejan recursos del Estado, los administren de forma eficiente, responsable y transparente, atendiendo a las normas presupuestales.

Procede el despacho de primera instancia a abordar el estudio de las circunstancias propuestas por el accionante e indica que no es posible inferir que la Asamblea de accionistas haya tenido la facultad para administrar la nueva sociedad y que con posterioridad le fuera arrebatada, por el contrario, a la Asamblea se le otorgó la función sutil de fijar políticas de la sociedad en comandita y posteriormente no fue posible debido a que con la suscripción de la Escritura Pública 0391 de 21 de enero de 2004, las políticas y la administración debían ser fijadas directamente por una Junta Directiva, en la cual la empresa pública solo contaba con un voto de participación.

Indica que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS E.S.P., jamás tuvo a su cargo la administración de la nueva sociedad, en razón a que la naturaleza adoptada fue la de las sociedades en comandita; razón por la cual el modelo societario fue equivocado ya que a pesar de que la empresa pública es poseedora del capital mayoritario se le puso en un lugar lejos de la dirección de la sociedad en comandita, por lo que resulta irregular, más aun si se tiene en cuenta que no se encuentra demostrado un beneficio en la prestación del servicio público y por el contrario representó una carga administrativa más para EAMOS E.S.P.

Indica que el erario se pone en una situación de desprotección con el hecho de que la dirección de Hydros Mosquera S. en C.A. esté en cabeza de una Junta Directiva donde EAMOS E.S.P. cuenta únicamente con un representante, también dificulta que su manejo sea realizado con transparencia, eficacia y eficiencia.

Señala que la cláusula 71 de la Escritura Pública No. 0391 del 21 de enero de 2004 resulta vulneradora del derecho colectivo al patrimonio público, toda vez que los recursos públicos que integran el capital mayoritario de la sociedad en comandita por acciones están a merced de los particulares y además no están demostrados los mecanismos de control eficientes a través de los cuales EAMOS E.S.P., pueda fiscalizarlos.

Frente a las transferencias de los recursos de la fiducia, señala que los recursos procedentes de las entidades territoriales, de cofinanciación y los generados en el sector de agua potable y saneamiento básico que ingresan al patrimonio de EAMOS E.S.P., son considerados bienes propios de la empresa pública por lo que no pueden entrar a título gratuito a formar parte del capital de la nueva sociedad pues se trata de dos personas jurídicas distintas con patrimonio independiente.

Menciona que se debe tener en cuenta que no le corresponde a EAMOS E.S.P., ceder sus propios recursos, toda vez que tal atribución lo convertiría en socio gestor, con lo cual se podría llegar a afectar el patrimonio público dada la solidaridad que representa tal figura.

Asevera que lo acordado en el numeral 7° del artículo 74 de la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002 conlleva a la confusión de patrimonios, toda vez que *“...no existe sustento legal que permita que una vez EAMOS E.S.P. aporte el capital autorizado, suscrito y pago a la sociedad en comandita, continúe con la transferencia de sus recursos por el lapso de veinte años y en la misma cuantía de los que recibe sin estimar límite alguno y sin que aumente su participación y demás derechos en la nueva sociedad, circunstancia que además de fiscalmente ser anómala impide una administración transparente de los recursos.”*

Por otra parte, el despacho considera que no se refleja debidamente el monto del usufructo de toda la infraestructura de EAMOS E.S.P., toda vez que: i) en la constitución de la nueva sociedad se ordenó que como contraprestación del usufructo de los bienes se tienen que utilizar y administrar para el desarrollo de las actividades inherentes a la prestación del servicio; ii) adicionalmente se dispuso que se haría un pago del 5% anual de la caja disponible después de haber sufragado los costos y gastos de diferentes aspectos entre los cuales están los gastos de administración, operación, mantenimiento, financieros, etc.; y iii) en el acta de entrega de los bienes se determinó que el precio total de los activos ascienden a la suma

de \$1´662.334.733, por lo que el 5% de lo restante en la caja de la administración de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A., es de veinte millones de pesos.

Por lo anterior expone que el contrato de usufructo y la transferencia a través de fiducia de los dineros públicos de EAMOS E.S.P., producen una carga excesiva para la empresa pública frente a los beneficios que obtienen los socios, toda vez que no existe una correcta proporción frente al riesgo que asumen las entidades con la ganancia que esperan, por lo cual se está desconociendo el derecho colectivo al patrimonio público, ya que se trata de derechos económicos pertenecientes al erario, los cuales no pueden cederse, trasladarse o subrogarse a título gratuito.

Frente a la autorización por parte de las autoridades municipales en la constitución de la empresa Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., señala que la EAMOS E.S.P., fue constituida como una empresa industrial y comercial del orden municipal, con personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa, por lo que al momento de la constitución de Hydros Mosquera S. en C.A., se hizo sobre la base de una entidad estatal y cuyo aporte era equivalente al 89% de las acciones.

Sostiene que como la naturaleza jurídica de EAMOS E.S.P., es la de una entidad descentralizada, al conformar la nueva sociedad y conceder la prestación del servicio público domiciliario, le transmitió a Hydros Mosquera esa condición legal, por lo que resulta innegable que la iniciativa para la creación de la sociedad reside en el alcalde, conforme al numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política.

Precisa que la constitución de la sociedad en comandita por acciones Hydros E.S.P., no llenó todos los requisitos legales exigidos, toda vez que para que EAMOS E.S.P., pudiera participar en aquélla era menester la autorización de la respectiva corporación municipal - Concejo-.

Por otra parte, resalta que el Acuerdo No. 008 del 30 de agosto de 2002, expedido por la junta directiva de EAMOS E.S.P., mediante el cual autoriza al gerente de EAMOS E.S.P., para construir una empresa en comandita por acciones, como socio comanditario; no es válido, toda vez que en el ámbito de creación de entidades públicas, la facultad de expedir permisos de este tipo se encuentran en cabeza del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales.

Enfatiza entonces, que era indispensable la aprobación del Concejo Municipal de Mosquera para la creación de la sociedad en comandita por acciones Hydros Mosquera E.S.P.

Continúa exponiendo que existió una falta de previsión de las empresas demandadas, puesto que pasaron por alto el hecho de que dentro del proceso debía existir concepto técnico, económico o jurídico que permitiera deducir la conveniencia de la entidad descentralizada para convertirse en una sociedad de economía mixta, máxime cuando tal condición fue prevista en el Acuerdo No. 021 del 30 de noviembre de 1995.

Finalmente, el análisis que hace el juez de primera instancia concluye que se vislumbra la amenaza de un detrimento patrimonial, toda vez que los recursos de la empresa de servicios públicos EAMOS E.S.P. son manipulados en su mayoría por los particulares, situación que dificulta la inspección y vigilancia de los órganos de control.

En consecuencia, declara: (i) vulnerado el derecho colectivo al patrimonio público y (ii) la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002, mediante la cual se constituyó Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P.

1.5. Recursos de Apelación Interpuestos

1.5.1. Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. (Fls. 216 a 244 Cuaderno No. 4)

El apoderado de Hydros Mosquera S en C.A. E.S.P. sustenta su recurso reiterando sus argumentos de la contestación de la demanda y enfatizando en lo siguiente:

1. Se desconoció la institución jurídica de la cosa juzgada, toda vez que cuando el juez de primera instancia profirió al auto del 26 de septiembre de 2012 declarando que no existía cosa juzgada en el presente asunto, dejó de lado la motivación de las pretensiones de las dos acciones populares expuestas en el proceso, lo cual vulnera la seguridad jurídica que brindan los antecedentes judiciales frente a un mismo caso y además desconoce la jurisprudencia proferida al respecto;
2. Se demostró la inexistencia de derechos colectivos vulnerados y amenazados, por parte de Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., por cuanto Caudales de Colombia S.A. ESP, antes Gestaguas S.A. ESP, es una empresa de economía mixta con participación pública del 86 % es decir que Hydros Mosquera S en CA ESP se encuentra administrada por una empresa descentralizada por servicios que forma parte de la rama ejecutiva y no por particulares, como se afirmó en la sentencia proferida.

Además la forma societaria escogida fue la correcta, pues se caracteriza por la protección de los recursos del socio comanditario frente al alto riesgo en el régimen de responsabilidad para los socios gestores y en esa medida no hay riesgo al patrimonio público, pues el comanditario responde hasta por el monto de sus aportes y no de forma solidaria e ilimitada. Igualmente refiere que se omitió la calidad de interventor que ostenta EAMOS dentro de la sociedad y que hace parte de la junta directiva de esta, que a su vez conforma los órganos de administración junto con la Asamblea General y el representante legal, por lo que el municipio ejerce control y puede adoptar medidas a través de la empresa EAMOS.

Adicionalmente, nunca se ha hecho entrega de utilidades a los particulares, por el contrario resultan del ejercicio de la sociedad y hace parte de su patrimonio. Informa que la Contraloría hace auditoria del manejo de los recursos de Hydros Mosquera, sin que se haya encontrado alguna irregularidad.

Finalmente precisa que *“...los recursos que gira el municipio por concepto de subsidios a los estratos 1, 2 y 3, no son propiedad de EAMOS, sino que dichos recursos tienen un hecho generador y una DESTINACIÓN ESPECÍFICA, luego tampoco resulta acertado soportar una vulneración al patrimonio público argumentando que EAMOS no debería ceder los recursos girados por la Alcaldía Municipal debido a que esos recursos no son los de EAMOS y tampoco se constituyen en un beneficio para la empresa prestadora del servicio subsidiado sino que se dirige a subsidiar el pago de la factura de los estratos de bajos recursos.”* (Fl. 224 C4)

3. Se desconoció la jurisprudencia contenciosa y constitucional frente al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos y en esa medida no se requiere autorización previa del concejo municipal ya que Hydros Mosquera no es una entidad descentralizada por servicios.
4. Existió una vulneración de la Ley 1437 de 2011 de la categoría de jurisdicción e incompetencia del juez popular al declarar la nulidad del contrato social.
5. Se desconoció el carácter vinculante del precedente e infracción directa de la ley.
6. Reitera que la falta de capacidad de un socio genera nulidad relativa y no nulidad absoluta.

En consecuencia, solicita que se revoque en su integridad el fallo de primera instancia, por cuanto la conformación de la sociedad no vulnera el derecho colectivo al patrimonio público, e insiste en que se declare la existencia de cosa juzgada en el asunto.

1.5.2. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS E.S.P. (Fls. 513 a 515 Cuaderno No. 4)

La apoderada de EAMOS E.S.P. sustenta su recurso de apelación argumentando que si bien es cierto la empresa hacía parte de la constitución de la sociedad, no puede cancelar las obras realizadas por la parte demandada toda vez que en el Certificado de Registro y Representación su función como socio ha sido únicamente de intervención y cooperación en

los estudios para obra de infraestructura en red de alcantarillados, mientras que el operador y ejecutor de las obras ha sido Hydros Mosquera S. en C.A., que ha realizado convenios interadministrativos que se han ejecutado con los recursos del gobierno departamental y municipal, sin que se haya empleado parte del presupuesto de dicha sociedad.

Por otra parte indica que la cuota parte que aportó la sociedad a la ejecución de las obras, correspondió a la reinversión de las utilidades que fueron aprobadas en Asamblea de Accionistas de la cual hace parte Hydros Mosquera S en CA ESP, y no aportes adicionales del capital de los socios.

Señala que no hay ninguna obra pendiente de entrega por parte de Hydros Mosquera ni tampoco en donde EAMOS ESP tenga intervención, toda vez que su principal actividad corresponde a las instalaciones hidráulicas y trabajos conexos en el municipio de Mosquera. Resalta que su injerencia en la sociedad demandada ha sido de mera interventoría y cooperación en los estudios para obra de infraestructura en la red de alcantarillados.

Aduce que lo impuesto en primera instancia, afecta la situación presupuestal de EAMOS ESP, debido a que a partir de su constitución, recibe de Hydros Mosquera recursos mensuales que son empleados para los gastos de funcionamiento.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

En el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, mediante Auto del 4 de noviembre de 2015, admitió los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo del mismo año y a través de auto del 9 de diciembre de 2015 se realizó el decreto de pruebas en segunda instancia.

El 13 de mayo de 2016 se remitió el expediente proveniente de descongestión correspondiéndole a este Despacho su conocimiento por lo que a través de auto del 20 de mayo de 2016 se avocó conocimiento del asunto y se corrió traslado para alegar de conclusión mediante providencia del 17 de noviembre de 2017, término dentro del cual las partes presentaron sus alegaciones.

2.1. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

En el escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia (Fls. 91 a 96 C5), *la parte demandante* reiterara los argumentos expuestos en la sustentación de su recurso.

Por otra parte, la apoderada de la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS ESP** (Fls. 158 y 159 C5) reitera sus argumentos planteados durante la primera instancia y solicita que se revoque la condena de EAMOS ESP de cancelar a Hydros Mosquera las obras que haya realizado y debe entregar.

Menciona además que las obras ejecutadas por el operador privado no fueron realizadas con dineros propios de la sociedad, sino con dinero de los usuarios, de acuerdo a las resoluciones expedidas por la Comisión de Reguladora de Agua Potable. Igualmente, refiere que estas en principio no obedecieron a inversiones, toda vez que con la ejecución de esos recursos no se observa aumento de los activos o patrimonio de la sociedad, los dineros se emplearon para mantenimiento y reposición de redes.

El **Municipio de Mosquera** (Fls. 171 a 174 C5), reitera sus argumentos presentados en el escrito de alegatos de conclusión de primera instancia.

Por su parte el **Ministerio Público** se abstuvo a rendir concepto.

Por último, el expediente ingresó a Despacho para fallo, mediante constancia secretarial del 30 de noviembre de 2017 (Fl. 175).

III CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

En virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación presentado, en atención a que “*Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos...*”, como quiera que en el presente caso se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero (3) Administrativo de Facatativá.

Igualmente, en atención al factor territorial establecido resulta ser competente esta Judicatura, considerando que se trata de un Juzgado Administrativo de Facatativá, adscrito al Distrito Judicial de Cundinamarca que preside el Tribunal.

3.2. Legitimación para recurrir

La sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS ESP se encuentran legitimadas como demandadas para recurrir en la presente actuación, por cuanto la decisión emitida resultó adversa a sus intereses al acceder a las pretensiones de la demanda presentada, es decir, que le fue desfavorable la providencia emitida¹.

Se precisa que la Sala sólo procederá a pronunciarse sobre los argumentos estructurados por los recurrentes en sus sustentaciones y que fueron objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*.

3.3. Planteamiento del Problema Jurídico principal y sus asociados.

Encuentra la Sala que el **problema jurídico principal** consiste en determinar si se vulneró el derecho colectivo al patrimonio público con ocasión de la constitución, conformación y manejo de recursos de la sociedad Hydros Mosquera S en CA y en consecuencia determinar si hay lugar a revocar, modificar o confirmar la decisión de primera instancia proferida.

Sin embargo, para resolver el anterior problema jurídico debe abordarse previamente los siguientes **problemas asociados**:

i) ¿Se desconoció la figura de cosa juzgada en el presente asunto?; ii) ¿Se conformó o no en debida forma la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP?; iii) ¿Se ha empleado correctamente el manejo y disposición de los recursos estatales en la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP?; iv) ¿Se requería o no autorización del concejo municipal de Mosquera para que la empresa EAMOS ESP pudiera hacer parte de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP?; y v) ¿Procede la declaratoria de nulidad de la Escritura Pública 9420 del 13 de septiembre de 2002, mediante la cual se constituyó la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP en el marco de una acción popular?.

3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

¹ Artículo 320 del Código General del Proceso.

Para resolver los recursos de apelación interpuestos la Sala abordará i) El patrimonio público como derecho colectivo protegido; ii) Procedencia de la configuración de cosa juzgada; iii) Naturaleza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS ESP en el régimen de servicios públicos domiciliarios; iv) Procedencia de la conformación de la Sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP; v) Destinación y manejo de los recursos estatales dentro de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP; vi) Autorización del concejo municipal para que la empresa EAMOS ESP hiciera parte de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP; vii) Procedencia de nulidad de la declaratoria de nulidad de la Escritura Pública 9420 del 13 de septiembre de 2002 en el marco de una acción popular; y viii) Pronunciamiento frente a los reparos presentados por la empresa EAMOS ESP en su recurso de apelación.

3.4.1. El patrimonio público como derecho colectivo protegido

En primer lugar se ha establecido que, en virtud de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se invocan para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior; y al tenor de los artículos 9º ibídem y 88 de la Constitución Política, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos de la comunidad.

Es criterio reiterado de la jurisprudencia, que para que la acción popular esté llamada a prosperar se necesita la verificación de sus presupuestos sustanciales, los cuales son: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.²

En ese orden de ideas, el demandante presentó acción popular en contra de Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera- EAMOS y el municipio de Mosquera, por considerar quebrantados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, toda vez que no se encuentra de acuerdo con la conformación de la sociedad en la que hace parte la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera- EAMOS, ya que a pesar de ser la socia mayoritaria y que posee y administra recursos públicos, su participación es restringida, sus recursos se remiten de forma indefinida a la sociedad y además no se tuvo en cuenta la autorización del concejo municipal para su conformación.

El concepto de patrimonio público como derecho colectivo ha sido desarrollado jurisprudencialmente así:

“Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.”

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-03879-01(AP)

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto.”³

De este modo, se evidencia que como bien jurídico comprende tanto a los servidores públicos como a los particulares que manejan recursos del Estado, los cuales deben hacerlo de manera eficiente, responsable, diligente y transparente, de conformidad con las normas presupuestales establecidas.

Adicionalmente, se ha advertido que el concepto en sí mismo no se agota con un listado de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), por el contrario, por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación existente y su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera adecuada y conforme a las disposiciones constitucionales y legales⁴.

De este modo, comprende los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunes de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determina la ley y que son inalienables, imprescriptibles e inembargables, constituyéndose como patrimonio público o patrimonio Nacional.

Al respecto ha precisado el Consejo de Estado:

“Sobre el derecho colectivo a la protección del patrimonio público, también ha manifestado la Corporación que: “Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cubre la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial. Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa. De acuerdo con el alcance que la jurisprudencia le ha dado al derecho colectivo al patrimonio público, cuya vulneración ha vinculado a la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos, no se encuentra en este caso que las conductas omisivas (...) hayan vulnerado o amenacen vulnerar el patrimonio público, como quiera que no se evidencia la existencia de detrimento al patrimonio estatal, ni la amenaza de que pueda presentarse tal detrimento. El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, pero no se presenta el detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en ese caso, no habrá habido mengua en el patrimonio estatal”⁵”.

En ese orden de ideas, la defensa del patrimonio público como derecho colectivo conserva una relevancia de gran impacto, como quiera que guarda relación con el interés de la

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. Ligia López Díaz. Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2002, Exp.25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002, exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril veintidós (22) de dos mil diez (2010). Expediente con radicación número. 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP) C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno citando providencia sobre el derecho colectivo al patrimonio público, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. AP-2305.

comunidad en salvaguardar sus recursos y proteger cada uno de los elementos que lo componen.

Ahora, frente a los elementos que integran este derecho colectivo se ha indicado:

“(...) constituyen así el conjunto de bienes destinados al cumplimiento de las funciones públicas del Estado o que están afectados al uso común, ello al tenor de los arts. 63, 82, 102 y 332 C.P. A su vez, y en concordancia con el art. 674 C.C. estos bienes se clasifican en bienes de uso público y en bienes patrimoniales o fiscales⁶.

Los bienes de uso público son aquellos cuyo dominio es del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (Vg. calles, plazas, etc.), por su propia naturaleza ninguna entidad estatal tiene la titularidad de dominio como la de un particular, pues están destinados al servicio de todos los habitantes, por ello se afirma que sobre tales bienes el Estado ejerce derechos de administración y policía, en aras de garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general (art. 1 C.P.).

Por su parte, los bienes fiscales son los que pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y que están destinados a la prestación de las funciones o servicios públicos o, pueden constituir también una reserva patrimonial para fines de utilidad común, y el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. La disposición Civil precitada los define como aquellos cuyo dominio corresponde a la República, pero “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”.⁷ (Negrillas del texto original).

Particularmente, respecto a la protección del patrimonio público como derecho colectivo y a través de la acción popular se ha considerado:

“Sobre la protección de este derecho colectivo, la Sala ha dicho que “podría protegerse por vía de acción popular cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas que ponen en peligro ese interés colectivo. De ahí que si se advierte la afectación del patrimonio público, el juez tiene facultades preventivas y, como consecuencia de ello, puede adoptar medidas transitorias o definitivas de protección, las cuales sólo pueden evaluarse en el caso concreto” (Sentencia AP 2211 de 24 de febrero de 2005, MP German Rodríguez Villamizar)”⁸.

Bajo ese entendido, el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público se puede proteger mediante una acción popular, caso en el cual, cuando se demuestre la existencia de actuaciones administrativas que pongan en peligro el patrimonio público, el juez de conocimiento cuenta con facultades preventivas y, con fundamento en ellas puede adoptar medidas transitoria o definitivas para su protección.

Por tanto, para la protección de este derecho colectivo, es necesaria la comprobación de la afectación real de los bienes que integran el patrimonio público, mediante actuaciones, omisiones o decisiones administrativas, la cual se presenta cuando los servidores públicos o las personas naturales o jurídicas de derecho privado, en ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, menoscaba, disminuye, perjudica, pierde o deteriora los bienes o recursos públicos o los intereses patrimoniales del Estado.

Conforme lo anterior, la Sala deberá determinar si en el presente caso se encuentra acreditada una vulneración al patrimonio público, tal y como lo manifestó el *a quo*, o si por el contrario no se ha configurado afectación alguna a este derecho o interés colectivo, como

⁶ Sobre este tema es de gran claridad la sentencia del 16 de febrero de 2001, Rad. 16596, Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dr. Alíer Hernández Enríquez.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Expediente con radicación número. 25000-23-27-000-2004-01546-01(AP), C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente No. 15001-23-31-000-2003 -01345-01(AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

lo proponen los recurrentes, aunque será menester examinar en primer lugar si se configura el fenómeno de cosa juzgada en el presente caso.

3.4.2. Procedencia de la configuración de cosa juzgada

El apoderado de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., manifestó en su recurso de apelación que en la primera instancia se había desconocido la institución jurídica de la cosa juzgada, toda vez que se dejó de lado la motivación de las pretensiones de las dos acciones populares expuestas en el proceso, esto es la identificada con el número 2015-975 - presente asunto- y 2007-320, por cuanto considera que se cumplen los elementos requeridos para que se establezca cosa juzgada, lo cual vulnera la seguridad jurídica que brindan los antecedentes judiciales frente a un mismo caso.

Al respecto, se observa en el expediente que mediante auto del 25 de abril de 2012 se admitió la demanda presentada, decisión que fue objeto de recurso de reposición por parte de Hydros Mosquera solicitando su rechazo por haberse configurado un agotamiento de jurisdicción y en consecuencia devino cosa juzgada.

Señaló que las pretensiones de ambas acciones populares tenían la misma finalidad y además se conformaban los mismos elementos consistentes en identidad de hechos, objeto, derechos y causa y por tanto, la demanda debía ser rechazada en aplicación a los principios de economía procesal y lógica formal.

Frente a estos argumentos, el juez de primera instancia, mediante auto del 26 de septiembre de 2012⁹, analizó las pretensiones de ambos procesos, así como las partes, el objeto y la causa, lo cual le permitió arribar a la conclusión de no haberse configurado cosa juzgada y por ende confirmó el auto admisorio emitido previamente.

⁹ Folio 206 C1

PROCESO	AP 2007-00320	AP 2012 - 975
ACCIONANTE	JOSÉ LEONARDO BUENO	PERSONERO MUNICIPAL DE MOSQUERA
ACCIONADO	HYDROS S. EN C.A. ESP Y <u>SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS</u>	HYDROS MOSQUERA S. EN CA ESP <u>GESTAGUAS S.A</u> - EAMOS ESP
PRETENSIONES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Decretar la nulidad absoluta de la sociedad en comandita por acciones denominada HYDROS MOSQUERA S. EN C.A. ESP y por tanto impartir la orden de restablecer las cosas a su estado anterior (fl.57). 2. Condenar a los socios gestores a pagar la correspondiente indemnización de perjuicios al municipio de Mosquera, derivada de detrimento patrimonial con motivo de la creación de aquella ilegal sociedad (fl.58). 3. Compulsar copias de la demanda a la Fiscalía para establecer la posible vulneración de la moralidad administrativa así como de los penalmente responsables que permitieron y permiten el desarrollo de aquel contrato lesivo para los intereses colectivos y el patrimonio público de Mosquera (fl. 58) <p>(...)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se declaren vulnerados los derechos colectivos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público de los habitantes de Mosquera con la ejecución del contrato de sociedad contenido en la escritura No 9420 de 2002 y la relación inequitativa y lesiva para los intereses económicos y morales de la población mosqueruna (fl.23). 2. Establecer como no escrita la cláusula que le quita la atribución de adoptar las políticas generales de la compañía, a la inicial Asamblea de Accionistas y las da a la inequitativa e ilógica junta de socios (fl.24). 3. Establecer como vulneratoria de derechos colectivos la cláusula de transferencia de bienes del contrato de sociedad objeto de estudio y se realicen las restituciones a que haya lugar a EAMOS E.S.P. (fl.24). 4. Establecer si se requería o no dicha autorización del Concejo Municipal de Mosquera y en caso de que si se requiera decretar la nulidad del contrato de sociedad objeto de esta demanda. (fl.24). 5. Solicito adicionalmente señor Juez tomar medidas preventivas con el fin de que una vez sea admitida la demanda se suspenda la presunta vulneración a los derechos mencionados mediante el traslado provisional del servicio al municipio de Mosquera.
DERECHOS	LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO (fl.58)	LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO (fl.18)

Por ello, es claro que los argumentos acerca de la configuración de cosa juzgada en el presente asunto ya fueron objeto de pronunciamiento por parte del juez de primera instancia, quien en el fallo apelado indicó que con respecto a la excepción de cosa juzgada invocada se acogiera a lo ya decidido en la providencia del 26 de septiembre de 2012.

En consecuencia, la Sala no procederá a pronunciarse sobre un tema ya decantado y analizado por el juez de primera instancia a través de una decisión que se encuentra en firme y que produce efectos vinculantes a las partes.

3.4.3. Naturaleza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS ESP en el régimen de servicios públicos domiciliarios

A partir de 1991 con la expedición de la nueva Constitución Política se desarrolló el concepto de servicio público y su competencia frente a los municipios como entidades territoriales autónomos en ciertos aspectos, razón por la que se expidieron las leyes 142 y 143 de 1994 con el fin de regular a las empresas prestadoras de servicios públicos, las cuales podían estar conformadas como públicas, privadas o mixtas y a su vez se crearon otras disposiciones regulatorias del régimen de contratación y los derechos de los usuarios frente a estas empresas.

En ese orden de ideas, el artículo 367 de la Constitución Política de Colombia dispuso que los servicios públicos domiciliarios deben ser prestados directamente por los municipios cuando las características técnicas y económicas lo permitan, como quiera que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio (Artículo 365).

Conforme lo anterior los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico dispuesto a través de la Ley 142 de 1994 y también pueden ser prestados de forma directa o indirecta por el Estado, comunidades organizadas o particulares, sin que por ello el Estado no deba mantener sus facultades de regulación, control y vigilancia, toda vez que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades sociales que se deben garantizar de forma eficiente (Artículo 366)

Al respecto, ha considerado la Corte Constitucional que las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza especial así:

“El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.”¹⁰

En virtud de lo anterior el legislador expidió el régimen jurídico especial previsto en la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, y en su artículo 17 dispuso:

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.*

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2o. *Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.”*
(Subrayado fuera de texto)

De este modo, es necesario precisar que por un parte se encuentra establecida la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios y por otra su régimen jurídico, siendo aspectos diferentes. Frente a su naturaleza se tiene que son *sociedades por acciones* que en caso de no querer adoptar su capital por acciones deben instituirse como empresas industriales y comerciales del Estado, organismos que hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, en virtud de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998.

En cuanto a su régimen jurídico le es aplicable no sólo lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, la cual señaló que predomina el derecho privado, sino también una serie de disposiciones de carácter público, siempre y cuando la misma ley lo establezca, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la mencionada ley.

Es decir, que el régimen de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es de carácter mixto, pues si bien por regla general predomina el derecho privado, es procedente que se apliquen normas de carácter público, como en los casos en los que la Ley 142 de 1994 de manera expresa refiera que se aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), sin que por ello dejen de ser entidades públicas del nivel descentralizado por servicios pertenecientes a la rama ejecutiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que mediante Acta No. 021 del 19 de noviembre de 1995 el Concejo Municipal de Mosquera creó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado - EAMOS ESP y en su artículo primero se indicó que se constituía “...como una empresa industrial y comercial del orden municipal, dotada con personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa.”¹¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por tanto, al ser una empresa industrial y comercial del Estado, se constituye como un organismo del sector descentralizado por servicios, tal y como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998¹², denotándose así el marco de regulación en el que debe desenvolverse la empresa y sobre la cual también recae el régimen previsto en la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, precisado lo anterior, procede la Sala a analizar si se conformó en debida forma la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP, teniendo como uno de sus integrantes a una empresa estatal del orden municipal, esto es a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado -

¹¹ Folio 189 Cuaderno Principal No. 1

¹² Ley 489 de 1998. Artículo 38°.- *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.* La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)2. Del Sector descentralizado por servicios: (...)

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado

EAMOS ESP.

3.4.4. Conformación de la Sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP

Como se precisó previamente, las empresas de servicios públicos son por naturaleza sociedades por acciones - artículo 17 Ley 142 de 1994-, salvo que no se quiera adoptar su capital representado en acciones en cuyo caso deberán conformarse como empresas industriales y comerciales del Estado - parágrafo *ibídem*-. En el presente caso, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado - EAMOS ESP se constituyó como empresa industrial y comercial del Estado en virtud del Acuerdo 021 de 1995 del Concejo Municipal de Mosquera.

A su turno, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 previó la posibilidad de que las empresas de servicios públicos podían ser socias en otras empresas de servicios públicos o incluso asociarse con asociaciones nacionales y extranjeras y conformar consorcios, así:

“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

(...)

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Además de esta facultad legal de asociación, en el Acuerdo 021 de 1995 del Concejo Municipal de Mosquera, se dispuso en el numeral 17 del artículo 4, sobre las funciones de la empresa, que podía *“Asociarse, aportar o suscribir acciones en sociedades que tengan por objeto la prestación de los mismos servicios públicos o la realización de actividades conexas o complementarias. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.”*¹³

De este modo, se evidencia que mediante el Acuerdo 021 de 1995, el concejo municipal hizo uso del mandato legal consignado en el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, según el cual la empresa podía participar como socia en la conformación de una nueva empresa que tuviera como objeto social la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, por lo que es claro que la empresa EAMOS ESP podía asociarse y hacer parte de otras sociedades.

Conforme lo anterior, no se observa ninguna prohibición de conformación societaria o exclusividad de alguna de ellas como limitante para que las empresas de servicios públicos puedan asociarse, es decir, no se exige que sea una sociedad anónima o en comandita por acciones, así como tampoco se prohíbe la constitución de alguno de estos tipos societarios por lo que le estaba permitido a Hydros Mosquera constituirse como sociedad en comandita por acciones, de manera que no podría reprocharse la forma o tipo societario escogido en el presente caso para la formación de Hydros Mosquera, en tanto es uno de aquellos tipos de sociedades por acciones.

Sin embargo, no puede desconocerse que como quiera que se encuentra una empresa municipal como socia, que además cuenta con recursos del Estado, que los aporta a la sociedad como capital, y que dentro de su junta directiva se encuentra el alcalde municipal y miembros de la administración municipal, es decir, en todo sentido se trata de un organismo estatal, no puede regirse o predicarse que su actividad sea igual a la de un privado

¹³ Folio 191 Cuaderno Principal No. 1

que también se asocia de esta forma y por ende tampoco puede aplicarse las disposiciones del derecho comercial de tajo, desconociendo los principios del Estado y de la administración pública, así como tampoco la moralidad administrativa, el patrimonio público, la conservación y debida ejecución de los recursos públicos, entre otros.

En suma, no puede perderse de vista que el funcionamiento de una sociedad en comandita por acciones que busca prestar servicios públicos domiciliarios y que cuenta con una empresa municipal como socia, debe observar en todo momento los principios y deberes del Estado, aún más cuando se trata de servicios de públicos que constituye una de las razones de los Estado Nación o sus fines estatales que cuentan con un régimen especial , como se evidenció en las normas superiores precitadas, razón por la que siempre se debe salvaguardar el interés general y la debida participación de la empresa en la prestación del servicio.

En todo caso, lo que debe buscar es una armonización entre las normas del derecho privado - comercial legalmente aplicables para su funcionamiento y el respeto por la naturaleza pública de la entidad que hace parte de los fines estatales y respecto de la cual se busca proteger su patrimonio al ser constituido por recursos públicos y que además debe velar por la prestación eficiente de los servicios públicos a la comunidad.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Sala examinar si se afectan esos pilares constitucionales. En efecto, se encuentra que mediante Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002, las sociedades Hydros Colombia S.A., Gestaguas S.A., Frizo Ltda., Constructora Nemesis S.A., y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera - EAMOS ESP, se asociaron para conformar una sociedad en comandita por acciones¹⁴ con el objeto principal de prestar servicios públicos domiciliarios.¹⁵

Como socios comanditarios se encontraban todas las sociedades integrantes pero como gestores se excluyó únicamente a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera - EAMOS ESP¹⁶; es decir, que EAMOS ESP era solo comanditaria y las demás empresas conservaban ambas calidades.

El capital suscrito pagado en ese momento comprendía veinte mil (20.000) acciones de valor nominal, equivalente a veinte millones de pesos (20.000.000) MCTE, discriminadas de la siguiente forma:

SOCIEDAD	ACCIONES	PORCENTAJE	CAPITAL	CLASE DE SOCIO
EAMOS ESP	17.800	89.00%	\$17.800.000	COMANDITARIO
HYDROS COLOMBIA SA	550	2.75 %	\$550.000	GESTOR/COMANDITARIO
GESTAGUAS S.A.	550	2.75 %	\$550.000	GESTOR/COMANDITARIO
FRIZO LTDA	550	2.75 %	\$550.000	GESTOR/COMANDITARIO
CONSTRUCTORA NEMESIS S.A.	550	2.75 %	\$550.000	GESTOR/COMANDITARIO
TOTALES	20.000	100.00%	\$20.000.000	----

Se estableció que la dirección de la sociedad estaría a cargo de la Asamblea de Accionistas y su administración y representación legal a cargo de los socios gestores, quienes pueden ejercerla directamente o a través de delegados (artículos 22 y 24 Folios 104 y 105 CP1). Dicha asamblea estaría constituida por todos los accionistas o sus representantes o mandatarios.

¹⁴ La sociedad en comandita por acciones establecida en el Código de Comercio debe estar conformada por cinco socios mínimo y se estructura a partir de unos socios comanditarios respecto de los cuales su responsabilidad está limitada por sus respectivos aportes y unos socios gestores o colectivos que se comprometen solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Su capital social se forma a partir de los aportes de ambos socios o sólo con los del socio comanditario.

¹⁵ Folio 92 Cuaderno Principal No. 1

¹⁶ *ibidem*

En cuanto al régimen de votación y quorum para decidir se estableció que serían adoptadas siquiera con el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones comanditarias suscritas y la totalidad de las acciones suscritas por los gestores (artículo 33).

En el derecho al voto se precisó que se podrían emitir tantos votos cuantos correspondan a las acciones que posea sin restricción.

Se estableció que EAMOS "... no venderá, ni hará la tradición del dominio de sus bienes a ningún título, ni por ninguna condición, a la nueva sociedad" y además deberá "... permitir la administración, operación y el mantenimiento de todos los componentes de los sistemas de acueducto y alcantarillado y las servidumbres y anexidades que actualmente posea, debidamente inventariados, en quien subrogan los derechos y deberes necesarios para el cumplimiento del contrato, distintos al de la propiedad sobre estos bienes. (...) permitir el usufructo de la infraestructura física de los sistemas, servidumbres y anexidades e igualmente de las construcciones y áreas para el desarrollo de las demás actividades operacionales, administrativa y comerciales inherentes a la prestación del servicio, a la sociedad aquí constituida y por consiguiente al delegado nombrado por los socios gestores, dicho usufructo tendrá una vigencia igual a la duración de la sociedad. Como compensación por dicho usufructo la sociedad pagará a la entidad titular de la infraestructura física, servidumbres y anexidades, el 5 % anual de la caja disponible después de haber sufragado los costos y gastos de la administración, operación y mantenimiento, retribución del gestor, impuestos amortización y gastos financieros y las inversiones" (Folio 132 a 134 C1)

Para la interventoría se dispuso que estaría en cabeza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera - EAMOS ESP y se estableció un esquema de sanciones para que fuera aplicado por el socio comanditario en caso de incumplimiento o fallas del socio gestor, el cual comprende un procedimiento de aplicación gradual y el castigo por acumulación de faltas en un periodo determinado (artículo 65).

Dentro de los derechos de la empresa EAMOS en su calidad de socia comanditaria se dispuso que podía "Participar en las deliberaciones de la Asamblea de Accionistas y Votar en ella, sin embargo, no tendrá derecho a participar en la administración de la sociedad (...)" (Artículo 20 folio 164 C1)

Mediante Escritura Pública No. 391 del 21 de enero de 2004, se ofertaron 9.600 acciones exclusivamente comanditarias a los usuarios para la realización de inversiones según lo dispusieran los socios gestores, equivalente a nueve millones seiscientos mil pesos (\$9.600.000). Estos usuarios tendrían la calidad de socios comanditarios y tienen los mismos derechos concedidos a la empresa EAMOS ESP dentro de la sociedad (Folio 154 C1).

Además en el artículo 10 se procede a indicar que la Junta Directiva de la sociedad consta de 5 miembros principales y sus suplentes conformados por un representante de EAMOS - gerente -, un miembro en representación de los usuarios - accionistas comanditarios de la empresa- y tres miembros en representación de los socios gestores (Folio 167 C1). Es decir, los socios gestores tienen una conformación mayoritaria en la junta directiva, como quiera que poseen tres de los cinco representantes - votos que la componen, es decir, son mayoría aun cuando sus acciones sean minoritarias.

Ahora, en el Código de Comercio - Decreto 410 de 1971- se ha dispuesto para las sociedades en comandita por acciones lo siguiente:

"ARTÍCULO 326. ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDAD EN COMANDITA. La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva.

ARTÍCULO 327. REPRESENTACIÓN DE SOCIOS COMANDITARIOS. Los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados. En estos casos deberán indicar, al hacer uso de la razón social, que obran por poder, so pena de responder solidariamente con los gestores por las operaciones sociales que celebren o ejecuten.

ARTÍCULO 328. DERECHO DE INSPECCIÓN Y PÉRDIDA EN LA SOCIEDAD EN COMANDITA. El comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad.

Pero si tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades, perderá el derecho a examinar los libros sociales. (...)

De lo anterior se puede evidenciar que la participación de un socio comanditario en la sociedad conformada se encuentra acorde con las estipulaciones comerciales previstas para todas las sociedades en comandita por acciones, por lo que en efecto su participación se restringe a su ejercicio de interventoría, a inspeccionar la sociedad y por tanto a dejar la administración de su infraestructura, servidumbres y anexidades a los socios gestores.

Sin embargo, no existe una razón válida para que la entidad pública que presta los fines, medios, la infraestructura y el capital sea considerada como socia comanditaria y no gestora o con doble calidad como si lo hicieron las demás sociedades.

Es decir, EAMOS ESP participa de la sociedad Hydros Mosquera al margen de su administración y representación, pone a disposición toda su infraestructura y elementos técnicos que posee, y a lo sumo podrá realizar una labor de interventoría, como si fuera un particular, sin considerar que es una entidad estatal que debe propender por una prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios.

Por tanto, tal y como lo afirmó el *a quo*, a pesar de que la empresa EAMOS contaba con el 89% de las acciones suscritas y ponía a disposición toda su infraestructura de funcionamiento, nunca ha podido ser parte de la administración de la sociedad y en esa medida la conformación de la misma en comandita por acciones resultó idónea para ese propósito, lo cual deja entrever que la entidad actúa como mera observadora de la prestación de servicios públicos domiciliarios, arriesgándose a que terceros gestores administren la sociedad, sus recursos e infraestructura, sin que pueda intervenir en ello.

Además se observa que en el código de comercio también se dispone, frente a las decisiones que pueden adoptar las juntas de socios, que deberá corresponder al número de cuotas o acciones de cada uno, así:

“ARTÍCULO 336. DECISIONES DE LA JUNTA DE SOCIOS RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN - DETERMINACIÓN DE VOTOS. En las decisiones de la junta de socios cada gestor tendrá un voto. Los votos de los comanditarios se computarán conforme al número de cuotas o acciones de cada uno.”

Lo cual evidentemente no se refleja en la modificación realizada a través de la Escritura Pública No. 0391 de 2004, como quiera que la junta directiva presentada ahora restringe la participación de EAMOS aún más al asignarse solo la validez de un voto, aunque siguiera siendo la accionista comanditaria mayoritaria.

Así pues, aunque la sociedad en comandita por acciones no está prohibida para la prestación de servicios públicos domiciliarios y además la sociedad Hydros Mosquera se constituyó de conformidad con la normatividad del derecho privado - comercial aplicable, lo cierto es que se desconoció que quien hace parte de ésta es una entidad estatal del orden municipal, que

posee la mayoría de las acciones y además puso a su disposición toda su infraestructura, servidumbres, anexidades y factores técnicos a su cargo para el cumplimiento del objeto social, y como contribución a ello simplemente recibe el 5 % de lo que pueda resultar luego de pagarse absolutamente todo lo que está a cargo de la sociedad¹⁷ y finalmente, con la restricción de no poder participar en la administración y direccionamiento de la sociedad.

De manera que EAMOS dejó de lado su naturaleza de entidad municipal para delegar y transferir toda la administración a las demás sociedades y agentes privados que conformaron Hydros Mosquera.

En este punto, es preciso aclarar que contrario a lo señalado por el apoderado de la sociedad en su recurso, no se trata de la representación legal de Gestaguas S.A., o su delegatura para administrar¹⁸, sino la estructura que se ha creado para la administración de todos los socios gestores - privados- sobrepuestos a una entidad estatal a la que asociaron para disponer de sus elementos y recursos para sus fines y relegándola de la participación igualitaria que debiera tener, por no decir predominante según sus acciones, sin que se encuentre demostrado en el proceso que la empresa no estuviera en condiciones de prestar el servicio o que fuera absolutamente necesario realizar esta asociación que en el fondo es privada en todo sentido pero con el uso de los recursos e infraestructura de una entidad estatal.

En consecuencia, es claro que se disminuyó la participación de EAMOS en la sociedad Hydros Mosquera, *vulnerando el derecho colectivo al patrimonio público*, al permitir su administración, disposición y usufructo por parte de particulares, y dejando solo una labor de fiscalización o interventoría a la entidad estatal, por lo que no es necesario acreditar incluso que se haya hecho un mal uso de los recursos o su destinación, pues la constitución de la sociedad en la forma en que se presenta por sí sola vulnera e impide que los demás principios de la administración pública, como la transparencia, coordinación, eficiencia, debido aprovechamiento de los recursos estatales, entre otros, sean observados y acatados en debida forma.

3.4.5. Destinación y manejo de los recursos estatales dentro de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP

Frente al aporte de la empresa EAMOS ESP a la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP se dispuso en la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002 lo siguiente:

“ARTICULO SESENTA Y CUATRO: TRANSFERENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN: EAMOS no venderá, ni hará la tradición del dominio de sus bienes a ningún título, ni por ninguna condición, a la nueva sociedad. La asociada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera EAMOS, a partir del registro de la escritura pública de constitución de (sic) la presente sociedad deberá (sic) (...) 7.- EAMOS, trasladará a favor de la sociedad aquí constituida a través de la fiducia, todos los recursos que se obtengan a través de la nación, municipio, departamento u otras entidades de cofinanciación, al igual que los recursos que le corresponden al sector de agua potable y saneamiento básico de acuerdo con la ley 715 de 2.001, al igual que el traslado de los subsidios de los estratos subsidiables (...) 8.- Conseguir del municipio o del ente que corresponda, el pago de las tasas retributivas hasta que la normatividad establezca la metodología de cobro a los usuarios” (Fls. 132 y 134 C1)

En virtud de lo anterior, la totalidad de los recursos que ingresan por concepto de agua

¹⁷ Adicionalmente, en el artículo 55 de la Escritura Pública No. 9420 de 2002 se establece que los recursos obtenidos de la facturación a los usuarios serán destinados a cubrir los pagos a los socios gestores por su administración, amortización de créditos por inversiones o gastos, pago de impuestos, tasas y contribuciones, gastos generales de operación administración y mantenimiento y una suma periódica para cubrir gastos de funcionamiento de EAMOS ESP, cuyos montos y conceptos se limitan a las necesidades estrictamente indispensables para asegurar la existencia de esa empresa y su pago procede solamente con los soportes de la efectiva causación de dichos gastos.

¹⁸ La cual pueden relevar y asumir en cualquier tiempo o cambiar de delegados. Artículo 24 de la Escritura Pública No. 9420 de 2002 folio 106 C1

potable y saneamiento básico ingresan a la sociedad Hydros Mosquera, los administra y dispone de ellos, sin que la entidad estatal pueda hacer algo a respecto, limitándola de nuevo a ser una observadora y vigilante de la destinación de los recursos que hacen parte del patrimonio público, del erario, y adicionalmente no se indica qué contraprestación va a recibir la empresa municipal de servicio públicos por la transferencia total de sus recursos para ser administrados por particulares y solo participar como interventor.

En ese orden de ideas, el juez de primera instancia razonablemente consideró que esta disposición conlleva a la confusión de patrimonios entre la empresa EAMOS y la sociedad Hydros Mosquera sin sustento legal que lo justifique, como quiera que además del aporte de su capital mayoritario suscrito y pagado (89% en su constitución), poner a disposición y administración toda su infraestructura y bienes, tener sus derechos restringidos y limitados a un socio comanditario, también debe transferir los recursos estatales a la sociedad sin que pueda participar en mayor medida, generando un desequilibrio que resulta evidente entre la empresa socia mayoritaria y los agentes privados como socios gestores.

Así por ejemplo llama la atención, que la totalidad de los activos entregados por EAMOS a la sociedad Hydros Mosquera ascendió a un valor de \$1.662.334.733¹⁹, según el inventario entregado por EAMOS, frente a unos socios que aportaron sólo \$5.500.000 y debe seguir traspasando sus recursos estatales, siendo desproporcionado no solo frente al capital dado por los demás socios gestores, sino por la labor pasiva que se le asigna dentro de la sociedad, mientras ellos siguen disponiendo sobre los bienes y el patrimonio público.

Ahora bien, la parte demandada refiere en su recurso de apelación que la responsabilidad en la sociedad en comandita por acciones permite proteger esos recursos como quiera que el socio comanditario responde hasta el monto de sus respectivos aportes, lo cual es cierto, en virtud del artículo 352 del Código de Comercio que dispone que frente a las normas no previstas allí se aplican las normas de las sociedades anónimas para los socios comanditarios y de las sociedades colectivas a los socios gestores.

En ese orden de ideas, los artículos 294 y 373 *ibídem*, en efecto señalan que los socios gestores responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales y los socios comanditarios hasta el punto de sus respectivos aportes, lo cual quedó plasmado en el artículo 6 de la escritura constitutiva de la sociedad.

No obstante esto no permite acreditar que la empresa EAMOS ESP, sus recursos y capital se encuentran protegidos y salvaguardados, toda vez que, como ya se ha indicado en varias ocasiones la empresa EAMOS ESP es la que da los mayores aportes a la sociedad, es decir aportó desde sus inicios el 89% del capital social y a pesar de la oferta de 9.600 acciones de sus aportes, sigue teniendo la mayoría, por lo que en dado caso que entrara a responder asumiría el mayor monto en razón de sus aportes.

En suma, no tiene la finalidad proteccionista que refiere el apoderado de la sociedad y por ende no es un justificante para la disposición total y a título gratuito de todos los recursos de la empresa municipal a la sociedad, determinando que ésta solo funcione en torno y en virtud de las determinaciones que los socios gestores quieran adoptar, pues como se vio, ni en las decisiones de la junta directiva puede tener la mayoría de votación aunque posea la mayoría de las acciones y los privados como gestores siguen teniendo la mayoría de votación a pesar de ser la minoría en aportes y acciones dentro de la sociedad.

De este modo, la Sala observa que incluso la empresa EAMOS ESP no ha adoptado un comportamiento ajustado a los principios de la administración pública que le es exigible frente a la dirección y el manejo de los recursos públicos, como quiera que no se evidencia una labor que propenda por los intereses de la comunidad, por el contrario ha asumido una

¹⁹ Folio 294 C1

posición pasiva respecto a su participación en la sociedad conformada, la destinación de su patrimonio y la protección a su infraestructura, lo cual desencadena en un favorecimiento hacia la empresa particular y sus propios intereses.

Lo anterior, sin desconocer que no se ha acreditado que se haya afectado la prestación de los servicios a la comunidad o una afectación económica frente a los recursos o que se entregan a la sociedad, pero no por ello debe dejarse de lado su naturaleza, su especial finalidad, protección y defensa frente a su entrega a agentes privados, pues si lo que se quiere es que estos últimos presten la totalidad del servicio, entonces no se hace necesario edificar una sociedad solo para usar los recursos del Estado y que en realidad sean unos privados quienes los ejecuten, toda vez que como se vio el ordenamiento jurídico permite que particulares presten el servicio.

En conclusión, la entrega de la totalidad de los activos de la empresa EAMOS, el traspaso de sus recursos estatales y el usufructo de su infraestructura, servidumbres y anexidades, en efecto resulta una irresponsabilidad para la protección del *patrimonio público* de Mosquera, pues lo que se evidencia es que se creó una figura societaria para que los particulares manejen y dispongan de los recursos estatales, sin que las retribuciones o beneficios de utilidades se acompañen con la participación de EAMOS ESP y mucho menos se encuentra equitativamente retribuido al disponer solo del 5% del usufructo de sus bienes a favor de la empresa municipal, frente a los demás beneficios y rentabilidades que reciben los socios gestores.

Por tanto, en este aspecto tampoco se encuentra debidamente conformada la sociedad en comandita por acciones que se constituyó a través de la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002 y posteriormente modificada por la Escritura Pública No. 391 del 21 de enero de 2004.

3.4.6. Autorización del concejo municipal para que la empresa EAMOS ESP hiciera parte de la sociedad Hydros Mosquera S en CA ESP

En primer lugar, se recuerda que en virtud de la naturaleza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Mosquera - EAMOS ESP, esto es una empresa industrial y comercial del Estado, es claro que la litis conformada en el presente caso comprende un organismo del sector descentralizado por servicios, tal y como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998²⁰.

Por tal razón, se ha indicado previamente por esta Corporación²¹ que la conformación de estas formas societarias en efecto suplen a las empresas municipales en la prestación de un servicio público domiciliario, lo cual implica que igualmente sea una entidad descentralizada por servicios por constituirse como empresa de economía mixta, tal y como lo analizó la Corte Constitucional en la sentencia C- 736 de 2007.

Al respecto el apoderado de la sociedad Hydros Mosquera aduce que hasta el año 2007 las empresas de economía mixta no eran consideradas entidades descentralizadas por servicios y por tal motivo no se puede exigir una autorización previa del concejo municipal para la creación de la sociedad, para lo cual invoca la sentencia T - 1212 de 2004 y dos conceptos

²⁰ Ley 489 de 1998. Artículo 38°.- *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional*. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)2. Del Sector descentralizado por servicios: (...)

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado

²¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Exp. 25000231500020030137102 sentencia del 23 de febrero de 2012. También Sección Primera Subsección A Exp. 110013334001201200142-03, sentencia del 24 de agosto de 2017, mediante la cual se declara la nulidad parcial del Acuerdo No. 12 de 5 de septiembre de 2012 "Por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo No. 11 del 13 de septiembre de 2010", proferido por la Junta Directiva de la EAA B S.A. E.S.P., en cuanto hace a la ampliación del objeto social de la empresa a la prestación del servicio público de aseo y a las demás normas relacionadas con dicho servicio.

de la Sala de Consulta y Servicio Civil de los años 1998 y 1999.

Para la Sala no es de recibo esta postura, como quiera que la misma sentencia C-736 de 2007 que analizó la constitucionalidad de unos apartes del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que establece:

“Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;*
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;*
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;*
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*
- e. Los institutos científicos y tecnológicos;*
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

Parágrafo 1º.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2º.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al respecto la Corte Constitucional precisó:

“Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, el hecho de que sólo hasta el año 2007 se procediera a analizar parcialmente la norma citada y se indicara que en efecto las empresas de economía mixta que prestan servicios públicos son consideradas entidades descentralizadas, no quiere decir que desde la expedición de la Ley 489 de 1998 no fuera así, toda vez que la norma todo el tiempo ha estado vigente y si bien el control de constitucional se hizo necesario para aclarar la naturaleza de dichas empresas, no por ello debe desconocerse la labor del legislador que de forma implícita dentro de la organización del Estado incluyó las empresas de economía mixta, en los términos en que bien lo expone la sentencia referida, con base en normas pre existentes y vigentes al momento de la constitución de la sociedad.

Cabe precisar que el fallo de tutela invocado²² por apelante tiene efectos *inter partes* y en

²² Sentencia de tutela T - 1212 de 2004, en la que se indicó que “... los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales

esa medida, no puede desconocer la vigencia de la Ley 489 de 1998 y el análisis de constitucionalidad que se hiciera sobre sus disposiciones, en donde se establece que son entidades descentralizadas al ser empresas de economía mixta. Igualmente, los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de los años 1998 y 1999²³ invocados no tienen carácter vinculante, tal y como establece el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y por ende no son de obligatorio cumplimiento o ejecución en el presente asunto.

Precisado lo anterior, se tiene que la Sociedad Hydros Mosquera S. en C.A., es una empresa de economía mixta por encontrarse constituida por más del 50% de capital público o estatal²⁴, que para su constitución correspondía al 89% de aportes de la empresa EAMOS ESP, y en esa medida, sí es considerada una entidad descentralizada por servicios de carácter local.

Es decir que la distinción que hace el apelante entre sociedad de economía mixta y de servicios públicos mixta carece de objeto en tanto que lo que determina el carácter mixto es la participación del Estado en su conformación y que se refiere a la misma naturaleza, independientemente de si presta o no servicios públicos de carácter domiciliario o participa en otras actividades, y la especialidad del régimen es para las operaciones que realiza la misma en relación con la prestación del servicio, pero no en cuanto su conformación accionaria.

Ahora bien, el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:
(...)*

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es decir, que para la conformación de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A., como empresa de servicios públicos mixta se requería la autorización del concejo municipal de Mosquera para su debida constitución y formalización.

Adicionalmente, el Decreto 1333 de 1986 *“Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”* establece como una de las funciones de los concejos municipales determinar la estructura municipal, la cual se ve modificada con la creación de estas formas societarias en las que participa una entidad municipal de servicios públicos domiciliarios, así:

“Artículo 92º.- Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

(...)

3ª Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos;(...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En un caso similar, esta Corporación hizo referencia a la obligatoriedad de la autorización

de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.

²³ Concepto del 28 de enero de 1999, radicación 1171 y Concepto del 11 de septiembre de 1998.

²⁴ Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

por parte de los órganos municipales en la conformación de estas sociedades, de la siguiente forma:

“Siendo clara su naturaleza jurídica, la iniciativa para la creación de la empresa Hydros Chía, que insiste la Sala modificó la estructura de la administración municipal, estaba radicada en cabeza de alcalde según lo previsto en el artículo 313 numeral 6° de la Constitución Política.

En ejercicio de la iniciativa que le correspondía al alcalde de Chía, la constitución de la nueva empresa de servicios públicos requería la aprobación previa del concejo, mediante acuerdo y en aplicación de la norma citada, en la medida en que precisamente alteraba la estructura de la administración local.

(...)

Dentro del expediente no aparece probado que el mandatario local y la corporación municipal hayan intervenido en la creación de Hydros Chía, a través del procedimiento descrito, pues es claro que su constitución obedeció a la voluntad unilateral de la Empresa de Servicios Públicos de Chía y de las demás sociedades demandadas.

Dichas circunstancias inciden negativamente en la legalidad del acto jurídico contenido en la escritura pública que dispuso la integración de la empresa de servicios Hydros Chía, ya que significaron el desconocimiento del procedimiento legal que debió seguirse para su nacimiento a la vida jurídica.”²⁵

Sin embargo, a folios 178 a 188 del Cuaderno Principal No. 1 se observa el Acta No. 004 que contiene una autorización concedida por parte de la Junta Directiva de la Empresa EAMOS ESP como producto de una reunión efectuada el 12 de agosto de 2002, otorgada al gerente de la empresa para constituir una sociedad en comandita por acciones, como socia comanditaria y se aprobó la minuta de la escritura pública que posteriormente sería registrada para la constitución de la Sociedad Hydros Mosquera S. en C.A.

Adicionalmente, mediante el acuerdo de creación de la empresa EAMOS ESP No. 021 de 1995 el concejo municipal de Mosquera dispuso en el artículo 10, numeral 14 que era función de la junta directiva de la empresa “Autorizar la participación de la empresa en sociedades o asociaciones, prevista en el Artículo 4 del presente acuerdo.” (Fl. 193 C1), esto es, en aquellas que tengan por objeto la prestación de los mismos servicios públicos o la realización de actividades conexas o complementarias.

En ese orden de ideas, por mandato constitucional el concejo municipal tiene la función exclusiva de autorizar la constitución de una empresa de economía mixta, razón por la que no puede delegarse en la junta directiva de la empresa municipal su constitución, pues incluso dentro de las funciones asignadas se habla de participación en una sociedad y no de su conformación o constitución, como quiera que no es de su competencia.

Al respecto, señala la Ley 489 de 1998 que la creación de una entidad descentralizada debe realizarse mediante acuerdo a nivel municipal, así:

“Artículo 69°.- Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por tal razón, atendiendo a que la creación de una sociedad de economía mixta implica la modificación de la estructura municipal y además que su creación le compete exclusivamente a los concejos municipales por mandato constitucional, es claro que la

²⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Exp. 25000231500020030137102 sentencia del 23 de febrero de 2012.

iniciativa de constitución de Hydros Mosquera S. en C.A., le correspondía al concejo municipal de Mosquera, mediante acuerdo, tal y como lo señaló el *a quo*, al indicar que hubo una falta de previsión de las entidades al pesar por alto la autorización debida y además no exigir la presentación de un concepto técnico, económico y jurídico que permitiera analizar la conveniencia o no de la constitución de la nueva sociedad con recursos públicos.

Conforme lo anterior, se evidencia que la constitución de la empresa EAMOS ESP obedeció a la voluntad unilateral de la empresa municipal y los demás socios, desconociendo la normatividad precitada y las normas superiores citadas.

En consecuencia, se configura una imposibilidad de que la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002, posteriormente modificada por la Escritura Pública No. 391 del 21 de enero de 2004, siga surtiendo efectos jurídicos, al haberse conformado una sociedad en comandita por acciones como prestadora de servicios públicos y con carácter mixto sin la autorización de la entidad municipal correspondiente - concejo municipal-, lo que conlleva a su invalidez absoluta, pues contrario a lo considerado por el apoderado de la sociedad, no puede predicarse una nulidad relativa, como quiera que la sociedad de economía mixta es considerada como tal al haber participación mayoritaria de una entidad estatal, por lo que si ésta no podía hacer parte de la sociedad conformada no puede considerarse como entidad descentralizada por servicios y de naturaleza mixta.

1

3.4.7. Procedencia de nulidad de la declaratoria de nulidad de la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002 en el marco de una acción popular

Considera el apoderado de Hydros Mosquera que en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 el juez no puede anular un acto o contrato en el marco de una acción popular, lo cual fue desconocido por el juez de primera instancia pues al momento de emitir el fallo ya se encontraba vigente esa norma.

En primer lugar, el presente caso se circunscribe al análisis de una escritura pública por medio de la cual se constituyó la sociedad Hydros Mosquera S en C.A., es decir, no se trata de un contrato derivado de la aplicación de las disposiciones especiales de la Ley 80 de 1993, así como tampoco de un acto administrativo, como quiera que no emana de la administración como manifestación unilateral y en ese sentido, el argumento expuesto por el recurrente no tendría cabida dentro de la aplicación de la norma precitada, no obstante, la Sala realizará unas precisiones frente a la posibilidad de anular o no los contratos y actos administrativos en el marco de una acción popular.

Igualmente, no se va a analizar la legalidad de la escritura pública sino del negocio jurídico allí contenido y de la nulidad decretada respecto de la sociedad conformada.

Debe tenerse en cuenta que en virtud de la remisión contenida en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, resultan aplicables las disposiciones establecidas en la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que al entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011 se debió observar el régimen de transición y las disposiciones relacionadas con los procesos iniciados previamente con el fin de determinar la normatividad aplicable al presente asunto.

El artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 indica que sus disposiciones comenzarán a regir a partir del 2 de julio de 2012 y además precisa o siguiente:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el presente caso, la demanda fue presentada el 20 de abril de 2012, esto es antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que debía darse aplicación al Decreto 01 de 1984 que no establecía prohibición frente a la declaratoria de nulidad de actos y contratos para los jueces de la acción popular, lo cual suscitó múltiples pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de delimitar y determinar sus alcances.

Al respecto este Tribunal ha realizado un análisis detallado de las consideraciones efectuadas al respecto, de la siguiente forma:

“Pues bien, para esta Sala de Decisión es claro que las acciones populares tienen carácter autónomo y principal, por cuanto su propósito es la plena garantía de los derechos e intereses colectivos, razón por la que su procedencia no se desvirtúa por la existencia de otras acciones ordinarias pertinentes o por haberse interpuesto éstas de forma simultáneamente. (...)”

Ante la complejidad del tema, el Consejo de Estado ha manejado diferentes hipótesis, veamos:

- *En un primer momento, se dijo que aún cuando la acción popular era principal y no subsidiaria, en todo caso el juez no podía conocer del control de legalidad del contrato por tratarse de un asunto propio de la acción contractual.*

- *Luego, se dijo que era posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo, de modo que la acción popular, en estos eventos, resultaba procedente por su carácter principal.*

- *Sin embargo, es con ocasión de la expedición del acuerdo 55 de 2003, que reformó el reglamentó del Consejo de Estado, que se trató de unificar el criterio jurisprudencial con relación a este tema, pues a partir de entonces la Sección Tercera, fue la competente para conocer de las acciones populares interpuestas en materia contractual lo mismo que las atinentes a la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.*

- *De esta forma es que en sentencia de octubre 31 de 2002, cuyo magistrado ponente fue Ricardo Hoyos Duque, se fijaron a grandes rasgos las siguientes premisas:*

- *Con los contratos estatales se pueden vulnerar los derechos colectivos.*
- *El juez de la acción popular tiene competencia para definir los eventos en los cuales para la protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal.*
- *Se puede solicitar la nulidad absoluta del contrato con ocasión de una acción popular por parte de cualquier persona o incluso el juez de manera oficiosa, siempre que ello sea necesario para salvaguardar los derechos colectivos, pero para ello es necesario que se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.*
- *El objeto directo de la pretensión de nulidad absoluta del contrato en las acciones populares no está referida al contrato mismo sino a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél, y además, porque en estas acciones no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos.*
- **Para que el juez pueda decretar la nulidad del contrato se requiere que la causal aparezca probada y que al proceso hayan concurrido todas las partes que intervinieron en el negocio jurídico.**
- *La nulidad relativa, dado que sus causales sólo miran el interés de las partes, se plantea que su configuración no afecta derechos colectivos.*
- *Si existe violación a la ley que acarree la nulidad del acto o contrato pero no una vulneración al derecho colectivo, el juez carece de competencia funcional para declarar la nulidad referida.*
- **En síntesis, la tesis que se formuló es que el juez de la acción popular puede evaluar el contrato estatal cuando quiera que amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso incluso examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, no obstante ello no es procedente cuando este en curso un proceso ante el juez natural del contrato, pues en dicha circunstancia el juez de la acción popular carece de competencia anulatoria.**

• Mediante providencia de octubre 5 de 2005, la precitada Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció que:

- La procedibilidad de la acción popular no se desvirtúa con la interposición simultánea de las acciones ordinarias pertinentes, dado que unas y otra buscan la defensa de una categoría diferente de derechos.
- Retomó la tesis planteada en la sentencia antes citada y estableció que al juez le corresponde evaluar la existencia o no de la violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que debe determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato.
- Señaló que cuando otro juez haya avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vrg., la suspensión de la ejecución del contrato, hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso.
- Reiteró que de una lectura sistemática de la ley 472, y en particular de los artículos 9, 15, 34 y 40, se concluye que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso, examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que, con su ocurrencia, resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.
- Anotó que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser cuidadoso al adoptar las medidas del caso.
- Afirmó que el juez no debe hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que le corresponde evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, que es el pilar básico de todo Estado de Derecho. (...)

De conformidad con todo lo expuesto encuentra la Sala que el juez de la acción popular tiene competencia para definir los eventos en los cuales la protección del derecho o interés colectivo demanda examinar la legalidad de un contrato estatal, bien sea con ocasión de la causal concreta descrita en el artículo 40 de la ley 472 de 1998, denominada sobre costos, o la genérica llamada irregularidades provenientes de la contratación, a raíz de la cual puede configurarse una causal de nulidad absoluta, en concreto, tratándose de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, las causales serían haberse celebrado el contrato en contra de expresa prohibición constitucional o legal, o, por desviación de poder.

En desarrollo de esa potestad puede el juez examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar, a solicitud de parte o de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato, solo que para esto es necesario que al proceso que se adelante con ocasión de la acción popular hayan concurrido las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes, que esté probada la causal correspondiente, y obviamente, que con ella se haya amenazado o vulnerado un derecho colectivo.

Con todo, aún cuando la acción popular es principal y no subsidiaria, en el evento en que se haya iniciado la correspondiente acción contractual, el juez de la acción constitucional pierde competencia anulatoria, para de esta forma no atentar contra la seguridad jurídica, es decir, que a quien corresponde determinar la legalidad del contrato cuando las acciones se están tramitando de manera simultánea, es al juez natural de la causa.”²⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De este modo, es claro que la discusión decantada en torno a la declaratoria de nulidad de un acto o contrato cuando no se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011 permitió que pudiera decretarse a través del juez de la acción popular, observando en todo caso unos parámetros que devienen de la protección de los derechos e intereses colectivos y que salvaguardaban las demás acciones judiciales a que hubiere lugar.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación

²⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Exp. 2004-01571-02 sentencia del 29 de abril de 2010. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible -art. 2-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego.”²⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se dio por terminada la discusión suscitada en torno a la procedencia de la declaratoria de nulidad de los actos o contratos por el juez popular, al establecerse su prohibición expresa en el artículo 144.

En ese orden de ideas, la nulidad decretada en primera instancia respecto de la Escritura Pública No. 9420 de 2002 con ocasión de la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, no contraría las disposiciones legales al respecto y por tanto, los argumentos esgrimidos por el apelante no son de recibo para la Sala siendo procedente la decisión adoptada por el *a quo*.

3.4.8. Pronunciamiento frente a los reparos presentados por la empresa EAMOS ESP en su recurso de apelación

El apoderado de la empresa EAMOS ESP considera que no puede cancelar las obras realizadas por la parte demandada toda vez que en el Certificado de Registro y Representación su función como socio ha sido únicamente de intervención y cooperación en los estudios para obra de infraestructura en red de alcantarillados, mientras que el operador y ejecutor de las obras ha sido Hydros Mosquera S. en C.A., que ha realizado convenios interadministrativos que se han ejecutado con los recursos del gobierno departamental y municipal, sin que se haya empleado parte del presupuesto de dicha sociedad. Dichas manifestaciones permiten corroborar la tesis de pérdida de autonomía y riesgo del patrimonio público que se ha

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente No. 76001-23-31-000-2005-02130-01, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

ocasionado con la constitución de la sociedad Hydros Mosquera.

Por otra parte indica que la cuota parte que aportó la sociedad a la ejecución de las obras, correspondió a la reinversión de las utilidades que fueron aprobadas en Asamblea de Accionistas de la cual hace parte Hydros Mosquera S en CA ESP, y no aportes adicionales del capital de los socios.

Señala que no hay ninguna obra pendiente de entrega por parte de Hydros Mosquera ni tampoco en donde EAMOS ESP tenga intervención, toda vez que su principal actividad corresponde a las instalaciones hidráulicas y trabajos conexos en el municipio de Mosquera.

Al respecto considera la Sala que estas manifestaciones en realidad no constituyen reparos al fallo proferido, sino argumentos y justificaciones frente a las órdenes dadas por el *a quo*, por lo que en realidad deberán ser analizadas por el juez de primera instancia al momento de verificar el cumplimiento del fallo y en consecuencia determinar las restituciones y pagos que en efecto deben efectuarse según los informes y documentos presentados por las partes.

No obstante, considera la Sala pertinente adicionar el numeral sexto del artículo cuarto de la parte resolutive del fallo proferido, en el sentido de precisar que los pagos que debe realizar la empresa EAMOS ESP será proporcional a su participación en las obras realizadas, con el fin de evitar un pago mayor al que verdaderamente se debe efectuar, y por supuesto la salvedad que ya ha realizado esta Corporación previamente relacionada con que dichas obras no hayan sido canceladas por los usuarios del servicio, ni cargadas a la tarifa del servicio.

Finalmente, debe precisar la Sala que si bien la forma societaria adoptada en el presente caso, estos es, una sociedad en comandita por acciones, no es contraria a la ley ni se encuentra prohibida, la estructura adoptada para la sociedad Hydros Mosquera, la participación de cada socio y el manejo y aprovechamiento de los recursos estatales vulneran el derecho colectivo al patrimonio público, según lo expuesto desde la primera instancia, lo cual aunado a la falta de autorización por parte de la autoridad competente para su constitución conlleva a la declaratoria de nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 9420 del 13 de septiembre de 2002 con el fin de salvaguardar el derecho colectivo invocado.

En consideración a lo expuesto, la Sala concluye que i) no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada en el presente asunto, ii) si bien la forma societaria adoptada no se encuentra prohibida ni contraría la ley, la estructura y participación prevista desconocía la comparecencia de una empresa del orden municipal prestadora de servicios públicos como lo es EAMOS ESP iii) el manejo y aprovechamiento de los recursos estatales no protegen el derecho colectivo al patrimonio público y desconoce los principios de transparencia y eficacia que ostenta la administración; iv) es exigible la autorización por parte del concejo municipal de Mosquera, la cual no fue otorgada para la conformación de la sociedad Hydros Mosquera; v) en el marco de una acción popular tramitada antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 es procedente la declaratoria de nulidad de los actos o contratos de la administración y vi) se encuentra acreditada la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público con la conformación de la sociedad Hydros Mosquera S. en C.A., por lo que lo procedente será confirmar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Facatativá, sin embargo se precisa que el numeral sexto del artículo cuarto de la parte resolutive del fallo proferido se debe cumplir considerando la participación de la empresa EAMOS ESP en las obras ejecutadas.

En mérito de lo expuesto, la **SUBSECCIÓN “B”, SECCIÓN PRIMERA, del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia del 11 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Facatativá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral sexto del artículo cuarto de la parte resolutive del fallo proferido, el cual quedará así:

“CUARTO: Sin perjuicio de la buena prestación del servicio, dispóngase las restituciones mutuas siguientes: (...)

6) Condenase a EAMOS ESP, previo trámite incidental, a cancelar a Hydros Mosquera en C.A. ESP las obras que ésta haya realizado, y deba entregar con ocasión de esta sentencia, teniendo en cuenta su participación, y que no hayan sido canceladas por los usuarios del servicio, ni cargadas a la tarifa del servicio.”

TERCERO.-Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado