

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / RESOLUCIÓN SSPD-20201000010485 DEL 7 DE ABRIL DE 2020 – Expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios / JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA – Competencia para conocer de los controles inmediatos de legalidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Objeto, finalidad y oportunidad

La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción [...]. [...] el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales. [...] El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción. [...] La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto [...]. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico [...].

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 136 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 7

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Alcance del análisis material y formal del acto sujeto de control / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Carácter jurisdiccional, automático y oficioso / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción [...], la Ley Estatutaria, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla [...]. El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar [...]. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley [...]. De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”. [...] En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no

está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables. [...] La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 212 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 213 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 214 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 8 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 9 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 10 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 11 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 13 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS PROFERIDOS EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN, POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL – Diferencias con el control inmediato de legalidad ejercido por el Consejo de Estado / FALLO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Tiene efecto erga omnes, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción [...]. No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento. La decisión del control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control oficioso. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto erga omnes -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 241 NUMERAL 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 PARÁGRAFO

FUNCIONES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Titularidad / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – No tiene atribuciones en el ámbito de regulación, ni reglamentación, ni legislación

La titularidad de las funciones de policía administrativa (regulación y control) en el sector de los servicios públicos domiciliarios está radicada en el presidente de la República, según el artículo 370 Constitucional. Sin embargo, ese mismo precepto

separó su ejercicio y, por ello, el inciso final del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001) es tajante en señalar que el superintendente de servicios públicos domiciliarios y sus delegados no producirán actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia (salvo, las competencias asignadas por la ley para el ejercicio de sus atribuciones como son las previstas por los numerales 4, 5, 14, 16 de la misma norma). De modo que, la Superintendencia no tiene atribuciones en el ámbito de la regulación, ni de la reglamentación y, menos aún, en el de la legislación (que en este caso además adopta la particular forma de ley de intervención económica).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 370 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 689 DE 2001 – ARTÍCULO 13 / DECRETO 990 DE 2002 – ARTÍCULO 7 NUMERAL 34

AUDITORÍA EXTERNA DE GESTIÓN Y RESULTADOS (AEGR) – Definición y finalidad / AUDITORÍA EXTERNA DE GESTIÓN Y RESULTADOS (AEGR) – Instrumento de apoyo a la Superintendencia / AUDITORÍA EXTERNA DE GESTIÓN Y RESULTADOS (AEGR) – Fortalecen el esquema de control de gestión y resultados de los servicios públicos domiciliarios / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Tienen la obligación de contratar una auditoría externa con personas privadas especializadas

Las auditorías externas de gestión y resultados-AEGR son un instrumento de apoyo a la labor de control especializado a la gestión -financiera, administrativa y técnica-de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios-ESP, que está a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios [...]. Las AEGR están concebidas como una herramienta que reporta beneficios para las empresas vigiladas, sus socios y usuarios, porque permite la evaluación general del estado de una ESP e identifica las situaciones que ponen en peligro la viabilidad financiera y las fallas de control interno [...]. Como instrumento de apoyo a la Superintendencia, es decir de control y no de coadministración de las empresas, las AEGR contribuyen de manera significativa a fortalecer el esquema de control de gestión y resultados de los servicios públicos domiciliarios, un sector vital de la economía que materializa las finalidades sociales del Estado (arts. 1 y 365 CN). Si el control de la gestión estuviera solo a cargo de la Superintendencia, sus competencias de policía administrativa y vigilancia no tendría los estándares de calidad requeridos, dadas las naturales limitaciones institucionales, el considerable número de prestadores y el nivel de complejidad técnica de estos. De modo que, las AEGR se constituyen en una suerte de “brazo extendido” de la Superintendencia para el eficaz ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. [...] las empresas de servicios públicos domiciliarios están obligadas a contratar una auditoría externa con personas privadas especializadas, que tienen el deber de elaborar, al menos una vez al año, una evaluación de la situación global del prestador, a partir de un examen a su gestión interna para el cumplimiento del objeto social, los objetivos generales y la eficiencia organizacional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 370 / LEY 689 DE 2001 – ARTÍCULO 6 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 51 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1

ESTADOS FINANCIEROS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Se aprueban en las asambleas ordinarias de acciones / ESTADOS FINANCIEROS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Insumo necesario para la elaboración del informe de

auditoría / DECRETO LEGISLATIVO 434 DE 2020 – Extendió el término de celebración de las reuniones ordinarias de asambleas y juntas de socios, correspondientes al ejercicio 2019 / MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE ENTREGA DE LOS INFORMES DE AEGR – Se ajusta a la necesidad de armonizar ese término con la oportunidad para celebrar las juntas de socios y asambleas ordinarias de las sociedades comerciales / RESOLUCIÓN CONTROLADA – Ajustada a derecho

[...] Decreto Legislativo 434 de 2020 [...] extendió el término de celebración de las reuniones ordinarias de asambleas y juntas de socios, correspondientes al ejercicio 2019 [...]. [...] Como los estados financieros del último ejercicio de las empresas de servicios públicos domiciliarios se presentan y aprueban en las asambleas generales, la resolución controlada dispuso armonizar la fecha de entrega de los informes de AEGR con la ampliación del plazo para las reuniones ordinarias societarias. Como los estados financieros constituyen un insumo esencial para la elaboración de dichos informes, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto, los motivos y las medidas adoptadas para conjurar la emergencia económica, social y ecológica. [...] La medida impartida por la resolución - modificación del plazo de entrega de los informes de AEGR- se ajusta a la necesidad de armonizar ese término con la oportunidad para celebrar las juntas de socios y asambleas ordinarias de las sociedades comerciales destinadas a la evaluación de la vigencia 2019 y aprobación de estados financieros. Si esos estados son un insumo fundamental para la elaboración del informe de auditoría, resulta razonable que postergada la reunión en la que se aprueban, también se disponga una extensión del plazo para el cargue del informe en el Sistema Único de Información. [...] En consecuencia, se declarará ajustada a derecho la resolución sujeta al control inmediato de legalidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 417 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 434 DE 2020 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 422

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN SSPD-20201000010485 DE 2020 (7 de abril) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTISÉIS ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01891-00(CA)

Actor: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Demandado: RESOLUCIÓN SSPD-20201000010485 DEL 7 DE ABRIL DE 2020

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos administrativos de las autoridades nacionales proferidos en estados de excepción. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Medio de control sobre las medidas administrativas de carácter general que adopten las autoridades administrativas nacionales en desarrollo de un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Objeto. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Oportunidad del medio de control. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen formal comprende competencia y formalidades. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen material comprende el estudio de materia, conexidad y proporcionalidad. COSA JUZGADA RELATIVA EN CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Efectos de los fallos de la jurisdicción administrativa en estados de excepción. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. ACTIVISMO JUDICIAL-El juez no puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación del poder público. COVID-19-Motivo para la declaratoria de un estado de excepción. REGULACIÓN Y CONTROL EN SERVICIOS PÚBLICOS- Aunque su titular es el presidente de la República, las dos facetas de la policía administrativa se ejercen en forma separada. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS- Solo por excepción puede expedir actos de naturaleza general para sus vigilados. AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS AEGR-Es un instrumento de apoyo a la función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. AUDITORÍAS EXTERNAS DE GESTIÓN Y RESULTADOS AEGR- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios está facultada para determinar la fecha máxima para la entrega de los informes. RESOLUCIÓN N°. SSPD-20201000010485 DEL 7 DE ABRIL DE 2020-Armonizó el plazo de entrega de AEGR con la extensión del plazo para celebrar las asambleas de accionistas de las ESP.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de la Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

La Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020 modificó el plazo de entrega de los informes de auditoría externa de gestión y resultados-AEGR. La fecha se corrió del 31 de mayo al 21 de agosto de 2020 para armonizarla con el artículo 5 del Decreto Legislativo 434 de 2020, que amplió el término para la celebración de asambleas y juntas de socios. Esta medida se tomó en el marco de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y del estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020.

ANTECEDENTES

El 13 de mayo de 2020, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-SSPD **remitió** al Consejo de Estado la Resolución n° SSPD-20201000010485 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y lo **pasó a Despacho** en la fecha en que lo recibió. El 18 de mayo de 2020, el consejero ponente **avocó** el conocimiento del asunto, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del

Ministerio Público e invitó a unas instituciones y agremiaciones para que presentaran concepto.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a través del director de la Especialización en Gerencia Pública y Control Fiscal Doctor Manuel Alberto Restrepo Medina, afirmó que la resolución controlada se ajusta a derecho, pues se expidió de conformidad con las facultades de la entidad, en desarrollo de las normas superiores dictadas en el estado de excepción y goza de los atributos de transitoriedad y proporcionalidad. Explicó que como la fecha límite para la celebración de asambleas y juntas de socios, en las que se aprueban los estados financieros de las sociedades comerciales, se amplió hasta el 30 de junio de 2020, según el artículo 5 del Decreto 434 de 2020, resulta razonable la modificación del término para la presentación de los informes de AEGR, pues los estados financieros son un insumo necesario para la elaboración de dichos informes.

El Ministerio Público **conceptuó** en favor de la legalidad de la resolución. Estimó que la medida tiene conexidad con las causas que la originaron, pues las restricciones a la movilidad y a las reuniones para reducir el contagio del COVID-19 trajeron como consecuencia la alteración de los plazos para la elaboración de los informes de AEGR, destinados a la autoridad de inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Coincidió con la intervención del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario respecto de las razones que motivaron la medida y su necesidad. También sostuvo que el acto lo expidió el funcionario competente y que guarda conexidad y proporcionalidad con las causas de la declaratoria del estado de excepción.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994-Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las

medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE)². Como el 13 de mayo de 2020, la SSPD envió la resolución controlada, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

II. Acto objeto de control

4. La superintendente de servicios públicos domiciliarios expidió la Resolución n°. SSPD-20201000010485 para establecer como fecha máxima de entrega del informe de AEGR, a través del Sistema Único de Información-SUI, el 21 de agosto de 2020. Según el acto, la entrega del informe -que debe estar firmado por el representante legal de la empresa auditora- se entiende cumplida una vez se haya cargado al SUI, sistema que generará el respectivo certificado.

La resolución se motivó en que el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por la pandemia del Covid-19, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. Asimismo, invocó el artículo 5 del Decreto Legislativo 434 de 2020, que modificó temporalmente el artículo 422 del Código de Comercio, en relación con el término que tienen las sociedades comerciales para celebrar la reunión ordinaria de la asamblea o junta de socios para evaluar el resultado del ejercicio 2019. Este

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].

² La entidad publicó la resolución en el sitio web institucional, que se puede consultar en <https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/Sala%20de%20prensa/De%20interes/2020/Abr/20201000010485.pdf>

precepto excepcional dispuso que dichas reuniones podrían efectuarse hasta dentro del mes siguiente al levantamiento de la emergencia sanitaria que estaba en vigor -30 de mayo de 2020-. De allí que la autoridad estimó necesario posponer la entrega de los informes de AEGR, correspondientes a la vigencia 2019, pues los auditores externos de gestión y resultados debían contar con los estados financieros, que se aprueban en las respectivas juntas o asambleas, para la elaboración del informe.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se ajusta a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que este acto dispone y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la Ley Estatutaria, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida

administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

La decisión del control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control oficioso. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad³.

Examen formal de la Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020

Competencia

8. La titularidad de las funciones de policía administrativa (regulación y control) en el sector de los servicios públicos domiciliarios está radicada en el presidente de la República, según el artículo 370 Constitucional. Sin embargo, ese mismo precepto separó su ejercicio y, por ello, el inciso final del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001) es tajante en señalar que el superintendente de servicios públicos domiciliarios y sus delegados no producirán actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia (salvo, las competencias asignadas por la ley para el ejercicio de sus atribuciones como son las previstas por los numerales 4⁴, 5⁵, 14, 16 de la misma norma). De modo que, la Superintendencia no tiene atribuciones en el ámbito de la regulación, ni de la reglamentación y, menos aún, en el de la legislación (que en este caso además adopta la particular forma de ley de intervención económica)⁶.

Según el numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la función de evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de mayo de 2012, Rad. 11001-03-24-000-2007-00258-00 [fundamento jurídico 3.5].

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Rad. 16874 [fundamento jurídico párr. 31 a 76].

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 1996, Rad. 3552 [fundamento jurídico 3], sentencia del 26 de septiembre de 1996, Rad. 3703 [fundamento jurídico párr. 14 a 22] y sentencia del 8 de mayo de 1997, Rad. 3714 [fundamentos jurídicos 1, 2 y 3].

control, inspección y vigilancia. El numeral 15 del precepto prescribe que la entidad debe organizar todos los servicios administrativos indispensables para su funcionamiento. En consonancia, el artículo 7.34 del Decreto 990 de 2002 establece que el superintendente de servicios públicos domiciliarios tiene la función de expedir los actos administrativos e instructivos necesarios para el cabal funcionamiento de la entidad.

Como la superintendente de servicios públicos domiciliarios expidió la resolución controlada para fijar una fecha máxima de entrega de los informes de AEGR, en cumplimiento de la función de vigilancia a la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos, se concluye que esa medida administrativa se tomó dentro del marco de competencia de la autoridad.

Formalidades

9. La superintendente de servicios públicos domiciliarios suscribió la resolución controlada. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, el acto cumple con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y fecha. (ii) Epígrafe que da cuenta del objeto de la resolución. (iii) La invocación de las normas de las que la superintendente deriva su competencia para expedir el acto. (iv) La parte resolutive da cuenta de la decisión administrativa. (v) No tiene un acápite de derogatorias, pues no suprime o modifica instrucciones anteriores.

Examen material de la Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Conexidad

10. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. El precepto adujo que el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del SARS-CoV-2, virus que produce el COVID-19. Que el 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como el tratamiento de los casos

confirmados. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 385 del 12 de marzo de 2020, que declaró una emergencia sanitaria, dispuso el alistamiento del sistema de salud para atender los enfermos, prohibió eventos masivos, reuniones de personas y requirió la adopción de medidas de bioseguridad, como la desinfección de superficies que puedan esparcir el virus y la prestación de servicios personales en la modalidad de “teletrabajo”.

En desarrollo del estado de excepción, el Decreto Legislativo 434 del 19 de marzo de 2020, a través de la modificación temporal del artículo 422 del Código de Comercio, estableció unos plazos especiales de convocatoria y celebración de las asambleas ordinarias y juntas de socios para evaluar los resultados de la vigencia 2019 de las sociedades comerciales. Esta medida se tomó por las restricciones sanitarias a la movilidad y a las reuniones de personas.

Como los estados financieros del último ejercicio de las empresas de servicios públicos domiciliarios se presentan y aprueban en las asambleas generales, la resolución controlada dispuso armonizar la fecha de entrega de los informes de AEGR con la ampliación del plazo para las reuniones ordinarias societarias. Como los estados financieros constituyen un insumo esencial para la elaboración de dichos informes, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto, los motivos y las medidas adoptadas para conjurar la emergencia económica, social y ecológica.

Las auditorías externas de gestión y resultados-AEGR

11. Las auditorías externas de gestión y resultados-AEGR son un instrumento de apoyo a la labor de control especializado a la gestión -financiera, administrativa y técnica-de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios-ESP, que está a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con los artículos 365 y 370 de la Constitución. Las AEGR están concebidas como una herramienta que reporta beneficios para las empresas vigiladas, sus socios y usuarios, porque permite la evaluación general del estado de una ESP e identifica las situaciones que ponen en peligro la viabilidad financiera y las fallas de control interno, según se desprende del artículo 6 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

Como instrumento de apoyo a la Superintendencia, es decir de control y no de

coadministración de las empresas, las AEGR contribuyen de manera significativa a fortalecer el esquema de control de gestión y resultados de los servicios públicos domiciliarios, un sector vital de la economía que materializa las finalidades sociales del Estado (arts. 1 y 365 CN). Si el control de la gestión estuviera solo a cargo de la Superintendencia, sus competencias de policía administrativa y vigilancia no tendría los estándares de calidad requeridos, dadas las naturales limitaciones institucionales, el considerable número de prestadores y el nivel de complejidad técnica de estos.

De modo que, las AEGR se constituyen en una suerte de “brazo extendido” de la Superintendencia para el eficaz ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. Las AEGR permiten, así, informar a la Superintendencia las situaciones que pongan en peligro la viabilidad financiera de los prestadores, advertir fallas en su control interno y, en general, evaluar el manejo de las empresas, a través del suministro de una información suficiente y oportuna de los vigilados y, de esta manera, la Superintendencia pueda advertir eventuales situaciones que pongan en riesgo la prestación continua y eficiente del servicio⁷.

Según el artículo 51 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 6 de la Ley 689 de 2001) las empresas de servicios públicos domiciliarios están obligadas a contratar una auditoria externa con personas privadas especializadas, que tienen el deber de elaborar, al menos una vez al año, una evaluación de la situación global del prestador, a partir de un examen a su gestión interna para el cumplimiento del objeto social, los objetivos generales y la eficiencia organizacional.

12. En relación con el plazo de entrega de los informes de las AEGR, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dispuso, por Resolución SSPD-2019000010005 del 16 de abril de 2019, que la fecha máxima para el cargue del informe en el Sistema Único de Información-SUI es el 31 de mayo del año siguiente a la vigencia evaluada. A su vez, el acto controlado modificó esa disposición para la vigencia 2019 y amplió el término hasta el 21 de agosto de 2020. La modificación armoniza el cumplimiento de esa obligación con el artículo 5 del Decreto Legislativo 434 de 2020⁸, que extendió el término de celebración de las

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, Rad. AP 41001-23-31-000-2003-01470-01 [fundamento jurídico 2.1] y sentencia del 26 de enero de 2006, Rad. AP 25000-23-26-000-2004-01640-01 [fundamento jurídico 1].

⁸ La Corte Constitucional declaró exequible este precepto en sentencia C-152 de 2020 [fundamentos jurídicos 38 a 50]. La Sala declaró ajustada a derecho la Circular n°. 100-000004 del 24 de marzo de 2020 de la Superintendencia de Sociedades, expedida con apoyo en el artículo 5 del Decreto Legislativo 434 de 2020,

reuniones ordinarias de asambleas y juntas de socios, correspondientes al ejercicio 2019, hasta dentro del mes siguiente al levantamiento de la emergencia sanitaria, esto es, el 30 de mayo de 2020⁹.

Como los estados financieros de las empresas de servicios públicos domiciliarios - constituidas como sociedades por acciones- se aprueban en las asambleas ordinarias de accionistas y la oportunidad para celebrar estas reuniones, para evaluar la vigencia 2019, se amplió, también era necesario extender el plazo para la presentación del informe de AEGR, pues los auditores externos debían contar con toda la información financiera necesaria para su elaboración.

Proporcionalidad y necesidad

La medida impartida por la resolución -modificación del plazo de entrega de los informes de AEGR- se ajusta a la necesidad de armonizar ese término con la oportunidad para celebrar las juntas de socios y asambleas ordinarias de las sociedades comerciales destinadas a la evaluación de la vigencia 2019 y aprobación de estados financieros. Si esos estados son un insumo fundamental para la elaboración del informe de auditoría, resulta razonable que postergada la reunión en la que se aprueban, también se disponga una extensión del plazo para el cargue del informe en el Sistema Único de Información.

La resolución es coherente con los motivos que llevaron a la declaratoria del estado de excepción, ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, y con las razones que justificaron la expedición del Decreto Legislativo 434 de 2020. La Sala coincide con los conceptos del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y del Ministerio Público, que advirtieron que el acto se ajusta a la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar. En consecuencia, se declarará ajustada a derecho la resolución sujeta al control inmediato de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

cfr. Consejo de Estado-Sala Especial de Decisión n°. 26, sentencia del 9 de octubre de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-00969-00.

⁹ Al momento de expedirse el acto controlado, la emergencia sanitaria había sido declarada hasta el 30 de mayo de 2020, a través de la Resolución n° 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE ajustada al ordenamiento superior la Resolución n°. SSPD-20201000010485 del 7 de abril de 2020, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
SALVAMENTO DE VOTO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LGC/MAR 1C digital