



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., primero (1°) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación: 73001-33-31-006-2008-00027-01
Actor: Germán Eduardo Triana López
Demandado: Compañía Energética del Tolima S.A - E.S.P. – ENERTOLIMA S.A. E.S.P. y Electrificadora del Tolima S.A E.S.P. – ELECTROLIMA S.A. E.S.P. en Liquidación
Tema: Revisión eventual de acción popular.

Decide la Sala Diez Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, la revisión de la sentencia de acción popular de 30 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹, por medio de la cual revocó la providencia del 5 de octubre de 2010, expedida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, al resolver los recursos de apelación que interpusieron en su contra las empresas demandadas. En su lugar, el tribunal declaró probada la excepción de improcedencia de la acción y negó las pretensiones de la demanda².

I. ANTECEDENTES

La demanda³.

1. El señor Germán Eduardo Triana López instauró demanda en ejercicio de acción popular con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. El actor pidió que se declare la nulidad absoluta de los otrosíes Nos. 2 y 3, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A. - E.S.P.⁴, en adelante ENERTOLIMA y la Electrificadora del Tolima - ELECTROLIMA S.A. E.S.P. en

¹ Folios 1225 - 1269

² Seleccionada mediante providencia de 11 de diciembre de 2012, visible en los folios 1371 a 1397.

³ El actor popular radicó la demanda de acción popular el 30 de enero de 2008 (folios 82 a 104 del cuaderno 1).

⁴ Constituida mediante la Escritura Pública N° 2189 de agosto 11 del 2003 otorgada en la Notaría 56 del Circuito de Bogotá, cuyo objeto social es la distribución y comercialización de energía eléctrica en el territorio nacional.

Liquidación⁵, en adelante ELECTROLIMA, que modificaron el contrato de arriendo suscrito entre esas empresas sobre la infraestructura de transmisión y distribución de energía eléctrica de propiedad de la última.

2. El demandante pidió que se ordene a ENERTOLIMA que reintegre a ELECTROLIMA, las sumas que corresponden a las diferencias entre los valores que por concepto de cánones de arriendo debió percibir la última, de acuerdo al otrosí No. 1 del contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003 frente a los cánones efectivamente causados y liquidados conforme a las modificaciones introducidas a ese pacto, mediante la suscripción de sus otrosíes Nos. 2 y 3. Solicitó que esas sumas sean debidamente actualizadas y que se le reconozca el incentivo establecido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

Hechos de la demanda⁶.

3. Las anteriores pretensiones se fundan, en síntesis, en los siguientes hechos:

4. ELECTROLIMA prestaba los servicios públicos de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Tolima, cuyo capital social era del 93.41% estatal, en cabeza del Ministerio de Minas y Energía. El restante porcentaje era de propiedad de entes territoriales de naturaleza pública.

5. La liquidación de la empresa fue ordenada por medio de la Resolución 03848 del 12 de agosto de 2003, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Debido a esa situación, los entes públicos accionistas de ELECTROLIMA se convirtieron en acreedores internos y la posibilidad de recuperar su cuota parte del capital social dependía de la efectividad del proceso liquidatorio. El patrimonio de la empresa entró a constituir la masa liquidatoria y prenda general a favor de los acreedores, muchos de los cuales también tienen naturaleza pública.

6. El Gobierno Nacional ordenó la creación de ENERTOLIMA, empresa que fue constituida el 11 de agosto de 2003 y registrada en la cámara de

⁵ Sociedad anónima, constituida por acciones y organizada como empresa de servicios públicos domiciliarios, con participación accionaria mayoritaria de la Nación, con domicilio en la ciudad de Ibagué.

⁶ Folios 1-3 del cuaderno 3

comercio el día siguiente. ENERTOLIMA nació con un capital de \$500.000 y sin activos, razón por la que el ejecutivo, a través de la Financiera Eléctrica Nacional - FEN, tramitó en su favor un crédito por \$41.000.000.000 con el propósito de que asumiera la prestación del servicio de energía en la zona, al mismo mercado que era atendido por ELECTROLIMA.

7. Al momento de su creación, los socios de la nueva ENERTOLIMA fueron las siguientes entidades estatales: Financiera Energética Nacional S.A. - FEN S.A.; Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER; Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE; Centrales Eléctricas de Nariño - CEDENAR S.A - E.S.P. y la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A - E.S.P.

8. El 13 de agosto de 2003, el liquidador de ENERTOLIMA y el gerente ELECTROLIMA en liquidación celebraron un contrato de arriendo sobre la infraestructura del sistema eléctrico del departamento del Tolima de propiedad de la segunda empresa. En ese convenio, se estableció que el canon de arriendo se determinaría de acuerdo con una fórmula que partía de los ingresos que por distribución facturara ENERTOLIMA a los usuarios finales, descontando los costos AOM⁷ en que incurriera esta última. Con ocasión de ese pacto, ENERTOLIMA giró un anticipo por concepto de cánones de arriendo por valor de \$37.000.000.000.

9. En virtud del referido contrato, ELECTROLIMA entregó a ENERTOLIMA la totalidad de sus subestaciones, líneas de distribución, consumibles y los repuestos que tenía en sus instalaciones con destino al sistema. La firma Scardi Ltda. fue contratada para que ejerciera las labores de interventoría, revisión y aprobación de la cuenta mensual necesaria para la determinación del canon, revisión de planes de compras e inversión en el sistema de distribución y seguimiento a los materiales entregados a ENERTOLIMA.

10. Mediante la factura cambiaria de compraventa No. 0713 de 30 de diciembre de 2003, ELECTROLIMA en Liquidación facturó por concepto de cánones de arriendo un valor estimado en ese año de \$6.722.521.756. En los meses de enero a abril del año 2004, ese monto sufrió variaciones que oscilaron entre \$1.605.000.000 y -\$40.297.279.

11. En abril de 2004, las partes del contrato emprendieron un trabajo de revisión del mismo con base en la experiencia derivada de su ejecución,

⁷ Administración, operación y mantenimiento

especialmente en lo referente a la definición de variables técnicas y procedimientos con el propósito de determinar el canon con base en acuerdos de tipo estrictamente técnico. En ese trabajo participaron los ingenieros de distribución y comercialización de ENERTOLIMA y los ingenieros de la interventora Scardi.

12. Como resultado de la anterior labor, los gerentes de ELECTROLIMA y ENERTOLIMA suscribieron en junio de 2004 el otrosí No. 1 al contrato de arriendo de 13 de agosto de 2003, decisión que arrojó un ajuste retroactivo a favor de ELECTROLIMA por valor superior a los \$3.000.000.000 mensuales y un aumento del canon mensual de arriendo superior a los \$300.000.000. En el referido otrosí se mantuvieron las demás obligaciones asumidas por las partes.

13. En el mismo junio de 2004, el gerente de ENERTOLIMA fue reemplazado por Jhon Jairo Ríos y el 17 de agosto de 2004 fue relevado el liquidador de ELECTROLIMA y fue nombrado Francisco Javier Zúñiga Martelo para desempeñar ese cargo. El nuevo liquidador de ELECTROLIMA relevó al gerente de ENERTOLIMA de los controles que existían sobre las compras, las inversiones y las interventorías que se realizaban sobre el sistema eléctrico de propiedad de la liquidada.

14. El 8 de noviembre de 2004, momento en el que las proyecciones de amortización estaban finalizando, el liquidador de ELECTROLIMA suscribió con el gerente de ENERTOLIMA el otrosí No. 2 al contrato de arriendo de 13 de agosto de 2003, sin justificación de carácter técnico. En esa cláusula se introdujeron tres cambios al acuerdo inicial que atentaron contra el patrimonio de ELECTROLIMA y afectaron gravemente los intereses de los acreedores y accionistas de la liquidada.

15. En primer lugar, se cambió la fórmula para establecer el canon mensual, que ya no partía del valor facturado por ENERTOLIMA a los usuarios y la desagregación del factor distribución, sino que se ató al ingreso neto de la distribución, afectando el porcentaje efectivo de recaudo. Con lo anterior, se desnaturalizó el contrato de arrendamiento y se vinculó su valor a los recaudos que obtuviera ENERTOLIMA, actividad en la que nada tiene que ver el arrendador, de forma que la liquidada asumió riesgos que la regulación determina que son del comercializador. Lo anterior afectó a ELECTROLIMA desde agosto de 2003 a diciembre de 2004 en \$5.108.563.940.

16. En segundo término, se aumentó el porcentaje de pérdidas no reconocidas del 25% al 32%, cuya afectación a diciembre de 2004 ascendió a \$2.632.598.064.

17. El último cambio que introdujo la reforma fue la de dejar sin efecto el otrosí No. 1 del contrato del referido contrato de arrendamiento. De esta manera, las nuevas modificaciones se aplicaron de forma retroactiva a la fecha de suscripción del acuerdo inicial. En la práctica, tal variación implicó la rebaja automática y sin sustento de más de \$6.000.000.000 en arrendamientos. Lo anterior, sin contar con los ingresos futuros por el aumento de la facturación de ENERTOLIMA y el menor valor a pagar por concepto de intereses por la amortización acelerada que conlleva un mayor canon.

18. De forma previa a la suscripción del otrosí No.2, el liquidador de ELECTROLIMA solicitó concepto de la firma interventora Scardi, quien emitió opinión desfavorable al convenio, en igual sentido al concepto que dio el contralor interno de la liquidada. La interventora y el contralor fueron relevados de sus funciones.

19. El 1° de junio de 2005, las partes suscribieron el otrosí No 3 al referido contrato de arrendamiento, modificación que rebajó aún más los ingresos de la liquidada por concepto de la explotación comercial de su principal activo. El pacto coincidió nuevamente con el momento en que las proyecciones de amortización estaban finalizando, lo que obligó a ELECTROLIMA a hacer giros en efectivo a ENERTOLIMA.

20. El Liquidador de ELECTROLIMA se negó a suministrar la información sobre el proceso de liquidación, pese a que uno de los principios rectores que informan esa clase de actuaciones es el de la publicidad.

21. El gerente de ENERTOLIMA y el liquidador de ELECTROLIMA se confabularon con el fin de disminuir sistemáticamente los ingresos y los controles sobre el principal bien de propiedad de la liquidada pese a que, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, él constituye prenda general a favor de los acreedores. Las actuaciones descritas generaron una disminución sustancial de los ingresos de ELECTROLIMA, en detrimento de la expectativa de pago de sus acreedores.

22. El Liquidador de ELECTROLIMA propició y aceptó la suscripción de las modificaciones contractuales, de manera que actuó en contravía de las obligaciones que asumió. Lo anterior, en beneficio de ENERTOLIMA, una empresa que, si bien debe garantizar la prestación del servicio, no puede pretender ser subsidiada con dineros ajenos.

23. La regulación definida para el sector eléctrico por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, determina de manera clara los procedimientos y las fórmulas que se deben emplear para remunerar la utilización de los activos de terceros. Tal regulación no fue aplicada al sistema de propiedad de ELECTROLIMA; en cambio, de manera arbitraria se le fijó una remuneración irrisoria frente a la facturación total que genera ENERTOLIMA a sus usuarios, que para la época de vigencia del contrato era de aproximadamente \$14.000.000.000 mensuales.

24. Las maniobras mencionadas generaron, como efecto principal, que ELECTROLIMA en liquidación en la práctica subsidiaria las operaciones de ENERTOLIMA, empresa que finalmente fue vendida al sector privado presentando al momento de su entrega, un excedente de caja superior a los \$20.000.000.000.

Sentencia de primera instancia.

25. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué profirió sentencia el día 5 de octubre de 2010, por medio de la cual amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, de la siguiente manera⁸:

«**PRIMERO: AMPÁRAR** los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, incoados con la presente acción instaurada por el señor GERMAN EDUARDO TRIANA LÓPEZ contra Enertolima S.A E.S.P y Electrolima S.A. E.S.P en liquidación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad absoluta de los Otro Si (sic) Nos 2 y 3 suscritos por los representante (sic) legales de Enertolima S.A E.S.P y Electrolima S.A E.S.P en liquidación, por medio de los cuales se introdujeron cambios al contrato de arriendo suscrito entre esas empresas, sobre el sistema de distribución de propiedad de Electrolima en liquidación y en consecuencia dicho contrato se liquida conforme al otro si No. 1, según lo antes anotado.

TERCERO: ORDENAR a Enertolima S.A E.S.P reintegre (sic) a Electrolima S.A. E.SP en liquidación, las sumas de treinta y tres mil setecientos cuarenta

⁸ Folios 980 - 1081 del cuaderno 3

y cuatro millones trescientos cincuenta y ocho mil novecientos diez pesos mcte (\$33.744.358.910) debidamente actualizada para el momento en que se haga efectivo el pago, como resultado de las diferencias entre los valores por los cánones de arriendo que se debieron facturar durante toda la vigencia del contrato original de arriendo y su Otrosí No 1, frente a los cánones efectivamente causados, liquidados conforme a las modificaciones introducidas al contrato mediante la suscripción de los Otro sí, Nos 2 y 3, según se analizo (sic), el cual deberá ser realizado de manera inmediata, una vez ejecutoriada esta decisión, momento a partir del cual se generarán intereses moratorios legales, de acuerdo a lo expuesto.

CUARTO.- DECLARAR no próspera la objeción al dictamen pericial, según se analizo (sic).

QUINTO.- RATIFICAR como definitiva, la medida cautelar que dispuso ordenar al Gerente Liquidador de Electrolima SA ESP abstenerse de dar por terminado el proceso liquidatorio, procediendo a su prorroga hasta tanto se realice el reintegro de dineros ordenados en esta sentencia.

SEXTO.- CONCEDER por concepto del incentivo económico de que habla el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, a favor del actor popular, el quince por ciento (15%) de los dineros reintegrados y debidamente actualizados a ELECTROLIMA SA ESP en Liquidación por parte de ENERTOLIMA SA ESP., siendo el pago a cargo de las dos demandadas de manera solidaria, quedando facultadas las mismas para iniciar los procesos de repetición a que hay lugar, según se indico (sic) en la parte motiva.

SEPTIMO.- Crear el comité de verificación de lo ordenado en el presente fallo, integrado por el accionante, los Representantes legales de la (sic) Empresas demandadas y el Juez.

OCTAVO: Ordenar a los Representantes legales de las empresas demandadas, rindan informes mensuales desde la ejecutoria de la presente decisión, sobre las gestiones realizadas, conforme aquí lo ordenado.

NOVENO: Ordenar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigile de manera integral el cumplimiento de lo decidido en esta acción popular y en especial el reintegro de los dineros, así como la imposibilidad de dar por terminado el proceso liquidatorio de Electrolima, hasta tanto se cumpla a plenitud con la sentencia.

DECIMO: Compulsar copia de la presente decisión a la Fiscalía General de la Nación y al (sic) Procuraduría General de la Nación, para que dentro del ámbito de sus competencias, inicien las investigaciones a que haya lugar.

[...] »

26. El juez de primera instancia encontró probada la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público por parte de las demandadas. Para sustentar su decisión, indicó que las pruebas recaudas dieron cuenta que por medio de los otrosíes Nos. 2 y 3, el liquidador de ELECTROLIMA y el gerente ENERTOLIMA pactaron condiciones financieras contrarias a las estipuladas en el contrato inicial de arrendamiento de 13 de agosto de 2003. Esto con el propósito de afectar las arcas de la primera empresa y beneficiar financieramente al grupo privado de inversionistas que se hizo al control de la segunda, situación que

configuró la causal establecida en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, la nulidad absoluta de esos pactos.

27. Agregó que ELECTROLIMA subsidió a ENERTOLIMA, situación que impactó de forma negativa sus finanzas. Explicó que a través de maniobras se vinculó capital de la primera a la segunda y posteriormente, ENERTOLIMA se entregó a propietarios privados con un saldo en caja superior a los \$20.000.000.000. Esa suma fue utilizada por sus nuevos dueños para amortizar los créditos que habían asumido para la compra de la empresa.

28. Advirtió que todo el esfuerzo que realizó el Gobierno Nacional para crear y apalancar a ENERTOLIMA se perdió, pues las modificaciones y estrategias estuvieron dirigidas y se concretaron en beneficio del comprador privado de la empresa, en detrimento del patrimonio público de ELECTROLIMA, de sus accionistas públicos y de sus acreedores de igual naturaleza, quienes se vieron privados de recibir en su integridad las sumas pactadas en el contrato original de arrendamiento y en su otrosí No. 1.

Recursos de apelación.

29. **ELECTROLIMA EN LIQUIDACIÓN S.A. E.S.P.** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia para que se revocara en su totalidad⁹. Para sustentar su desacuerdo, expuso las siguientes razones:

30. Explicó que las modificaciones se re realizaron al contrato de arredramiento 13 de agosto de 2003 obedecieron a que en el pacto inicial se le impuso a ENERTOLIMA la obligación de solicitar autorizaciones a ELECTROLIMA sobre las inversiones y mantenimientos de sus activos. Tal hecho impedía la gestión eficiente por parte de la nueva empresa e implicaba la coadministración de sus bienes y que la responsabilidad de quienes tomaran las decisiones se diluyera.

31. Adujo que para remediar la anterior situación, se eliminaron las cláusulas que involucraban el control de ELECTROLIMA en la gestión de ENERTOLIMA, tal y como fue explicado a la Contraloría General de la República y aceptado por ese órgano de control. Agregó que del referido hecho, el juzgado de instancia derivó un actuar de male fe del liquidador de

⁹ Folios 1086 - 1100 del cuaderno 3

ELECTROLIMA y la vulneración de las garantías colectivas, sin algún sustento.

32. Considera que en la sentencia de primera instancia se efectuó una valoración probatoria errada, toda vez que de los testimonios de los exfuncionarios de esa entidad, señores Torres y Cuervo, se dedujo que para la suscripción del contrato original y el otrosí No. 1 se efectuaron estudios previos y que esa actuación no se llevó a cabo para los otrosíes Nos. 2 y 3. Lo anterior, pese a que se demostró que se realizó la misma labor técnica previa a la suscripción de todos los contratos. Esto fue expuesto de manera amplia por la testigo María Victoria Guarín, quien intervino en la estructuración de la capitalización de ENERTOLIMA y la venta de ELECTROLIMA.

33. Aseguró que el despacho de primera instancia no quiso mirar pruebas y argumentos diferentes a los aportados por el actor popular. Tampoco permitió que se practicara un estudio financiero que explicara el trámite que adelantó la entidad, pues negó la prueba que solicitó en ese sentido y se conformó con el ejercicio aritmético efectuado por el perito para declarar la vulneración de la garantía colectiva a la moralidad administrativa.

34. Expuso que el juzgado de instancia concluyó que en el contrato demandado se configuró la causal de nulidad de desviación de poder a raíz de un supuesto favorecimiento a ENERTOLIMA y a unos inversionistas que en ese momento no existían; sin embargo, tal aseveración no encuentra sustento alguno en el expediente.

35. Concluyó que el juez anuló los otrosíes al contrato de arrendamiento 13 de agosto de 2003, derivado de un supuesto favorecimiento a ENERTOLIMA y a sus posteriores inversionistas, pese a que no vinculó al proceso al Ministerio de Minas y Energía, a la Superintendencia de Servicios Públicos, a los inversionistas de la Empresa ni a los organismos que conforman el Conpes, quienes participaron, dirigieron y recomendaron la manera como se llevó a cabo el proceso de liquidación de la empresa, la venta de sus activos y la vinculación de capital. En consecuencia, a las referidas personas jurídicas de derecho público y privado se les vulneró el derecho de contradicción pese a que resultaban afectadas con la decisión.

36. Finalmente, alegó que frente a las decisiones del Liquidador procede el trámite previsto en el artículo 295 del EOSF¹⁰ ante la justicia ordinaria, situación que torna en improcedente la acción popular de la referencia.

37. **ENERTOLIMA S.A E.S.P.** interpuso recurso de apelación¹¹ pues no está de acuerdo con la sentencia y pidió que se revocara. Indicó que el juez de primera instancia desnaturalizó por completo la finalidad de la acción popular y pretermitió las acciones ordinarias establecidas para resolver controversias contractuales.

38. Agregó que el juez revivió un contrato que ya fue ejecutado en su totalidad, a petición de un tercero que nada tiene que ver con los extremos que lo celebraron, es decir, carente de legitimación en la causa para actuar. Además, desconoció que la decisión de declarar la nulidad de cláusulas contractuales es competencia del juez del contrato por vía de la acción establecida en el artículo 87 del C.C.A.

39. Alegó que la sentencia es contradictoria y desconoció el trámite que se surtió respecto de los activos de ELECTROLIMA. Arguyó que esa empresa no era viable y se encontraba en causal de liquidación obligatoria, por lo que el gobierno central trazó una estrategia para garantizar la continuidad del servicio y ubicar un inversionista del sector privado a quien venderle la nueva empresa que se creó para este fin. Para ello, fue necesario darle una estructura financiera y administrativa que resultara viable y atractiva para los potenciales inversionistas.

40. Dijo que el juez de instancia descontextualizó el contrato de arrendamiento objeto de la demanda y dedujo la vulneración a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Explicó que cuando se celebró el referido acuerdo y los otrosíes que lo modificaron, ambos lados contractuales estaban constituidos por entidades públicas, de manera que lo que pasara en uno y otro extremo afectaba el mismo patrimonio, esto es, el de la Nación. Tal situación impidió la configuración del detrimento patrimonial de unos entes en perjuicio de otros.

41. Alegó que las modificaciones al contrato original trajeron como beneficio una mejora financiera en ENERTOLIMA para la época en que sus accionistas eran entidades públicas. Explicó que las operaciones que se

¹⁰ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

¹¹ Folios 1104 - 1109 vuelto

surtieron al interior de esa empresa para vincular capital privado fueron posteriores a ese periodo y tuvieron como razón de ser el estado favorable que las mismas produjeron en sus finanzas.

42. Indicó que el alcance y los efectos del fallo impugnado impactan de forma injusta a los inversionistas privados y traen consecuencias negativas para las entidades públicas, quienes tendrán que salir a sanear las ventas realizadas a esos inversionistas.

Sentencia de segunda instancia.

43. El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia proferida el 30 de agosto de 2011¹², revocó la decisión inicial, al resolver los recursos de apelación interpuestos en su contra. Ello, en los siguientes términos:

« **REVÓCASE** la sentencia recurrida, esto es, aquella proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, el 11 de marzo del 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO.- DECLARESE probada la excepción de improcedencia de la acción impetrada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva .

SEGUNDO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.»

44. El tribunal encontró que el actor popular: i) buscó la protección de derechos que no ostentan el carácter de colectivos sino subjetivos de contenido económico y ii) persiguió la nulidad de unos otrosíes pactados al contrato de arrendamiento suscrito entre ELECTROLIMA en Liquidación y ENERTOLIMA, situación que tornó en improcedente la acción popular en el caso concreto, toda vez que este no es el medio idóneo para la protección de derechos e intereses subjetivos o individuales. Para sustentar su decisión, expuso, en resumen, las siguientes razones:

45. Indicó que en la demanda se planteó una cuestión de puro derecho y de contenido económico, que se concretaba en dilucidar si con ocasión a las estipulaciones adicionales pactadas en el contrato suscrito entre el liquidador de ELECTROLIMA S.A. - E.S.P. y ENERTOLIMA S.A. - E.S.P. se trasgredieron la moralidad administrativa y el patrimonio público, las cuales considera el actor se efectuaron con el exclusivo propósito de favorecer financieramente a la última Empresa.

¹² Folios 1225 - 1269

46. Aseguró que el demandante pidió la nulidad de los otrosíes Nos. 2 y 3 efectuados al contrato de arrendamiento celebrado entre ELECTROLIMA y ENERTOLIMA, controversia que es propia de una acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho o contractual, más no de una acción popular.

47. Explicó que la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a las competencias del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos, en particular en lo que tiene que ver con su anulación. Aclaró que en el caso esa materia no es objeto de análisis, en la medida en que si bien se discute la legalidad de los otrosíes Nos. 2 y 3 del referido acuerdo, la acción resulta improcedente, como quiera que no tiene como móvil la protección y defensa de derechos de carácter colectivo sino subjetivos, personales y de carácter económico.

II. REVISIÓN EVENTUAL

Solicitud de revisión eventual.

48. Dentro del término legal, el 9 de marzo de 2012, la apoderada del accionante solicitó y sustentó su pretensión de revisión eventual con los argumentos que la Sala expone a continuación¹³.

49. Arguyó que la providencia de segunda instancia se apartó del precedente jurisprudencial, toda vez que pese a que reconoció la naturaleza principal y no subsidiaria que caracteriza la acción popular, revocó el amparo concedido en primera instancia, alegando la existencia de otros mecanismos de defensa para proteger derechos subjetivos y particulares.

50. Adujo que la sentencia de segunda instancia desconoció y/o interpretó de forma errónea la jurisprudencia de esta corporación al negarse a estudiar la legalidad de los contratos sometidos a revisión en sede judicial y a examinar la vulneración de los derechos colectivos, declarada en la sentencia de primera instancia. Lo anterior, con el argumento de la improcedencia de la acción por existir un interés particular, subjetivo y económico en cabeza del actor popular, sin determinar cuál o cuáles.

51. La parte demandante aseguró que el tribunal se apartó de los criterios de motivación y sustento probatorio de las providencias exigidos por la ley y la

¹³ Folios 1341 - 1354

jurisprudencia, pues se limitó a enunciar la existencia de un interés subjetivo, personal y de carácter económico del actor popular sin apoyo probatorio, sin delimitarlo ni concretarlo.

52. Indicó que la interpretación del tribunal sobre los motivos que establece la ley para solicitar la aclaración y/o complementación de la sentencia desconoció que el fin de esas actuaciones era obtener un pronunciamiento sobre los extremos de la litis, pues la sentencia no se ocupó del fondo del asunto.

53. Agregó que *«en el trámite procesal se demostraron ampliamente las maniobras de mala fe tendientes a favorecer irregularmente los intereses económicos de ENERTOLIMA, empresa que estaba en proceso de capitalización y cuyos nuevos propietarios entre ellos el cuestionado grupo Nule, resultaron favorecidos con los multimillonarios excedentes económicos obtenidos por la empresa con ocasión del detrimento causado con las modificaciones del contrato de arriendo suscrito en Electrolima empresa estatal en liquidación, dineros que fueron destinados de forma inmediata como abono a los créditos obtenidos para la compra de Enertolima»*.

Selección para revisión eventual.

54. La Sección Segunda del Consejo de Estado, antes de la creación de las Salas Especiales de Decisión al interior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del 11 de diciembre de 2012¹⁴ halló procedente seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, conforme al artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Para sustentar su decisión expuso las siguientes razones:

55. Dijo que a partir de la expedición del Acuerdo No. 55 de 2003, modificadorio del reglamento interno del Consejo de Estado, que le atribuyó a la Sección Tercera el conocimiento de las acciones populares relacionadas con el ámbito contractual y la moralidad administrativa, esa Sala estableció una postura encaminada a permitir la interposición de acciones populares cuando en desarrollo de esa actividad se vulneren derechos colectivos, indicando que el juez popular puede adoptar todas las medidas para hacer cesar la amenaza o el perjuicio, pudiendo, inclusive, declarar la suspensión o nulidad del contrato; sin embargo, ese criterio no ha sido pacífico, pues en tales oportunidades se han presentado aclaraciones y salvamentos de voto.

¹⁴ Folios 1371 - 1397

56. Consideró la Sala, en su momento, que el tema de la posibilidad de declarar la nulidad de contratos estatales a través de la acción popular ha presentado diferentes tratamientos y generado diversas posturas al interior de la Corporación, de la administración y de la academia, razón por la cual y en consonancia con la especial protección constitucional y legal de que gozan los derechos colectivos, era procedente efectuar un análisis «*en torno a las medidas idóneas para su protección y los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico para efectivizarlas*» y establecer un criterio unívoco en torno a las facultades del juez popular para declarar la nulidad de los contratos.

57. Agregó que el estudio del asunto «*permitirá analizar el alcance de los derechos en materia de acciones populares, pues se advierte que los jueces de primera y segunda instancia, amparados en diferentes sentencias del Consejo de Estado, llegan a posiciones antagónicas en torno a la naturaleza de los derechos cuya protección se invoca, pues mientras el A quo consideró que eran de carácter colectivo, el Ad quem afirmó que eran meramente subjetivos, situación que lo condujo a declarar la improcedencia de la acción, pues las pretensiones del accionante no correspondían a la finalidad para la cual habían sido instituidas las acciones populares.*»

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

58. La Sala Diez (10) Especial de Revisión, con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo No. 080 del 12 de marzo de 2019, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, profiere sentencia en la que decide el mecanismo de revisión eventual. La solicitud la presentó el demandante popular respecto de la sentencia del Tribunal Administrativo de Tolima, expedida el 30 de agosto de 2011.

2. Revisión eventual.

59. El mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares fue creado por la Ley 1285 de 2009. La norma, a través de su artículo 11, adicionó el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en los siguientes términos:

«Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios.

En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia¹⁵.

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.

PARÁGRAFO 1o. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios¹⁶.

PARÁGRAFO 2o. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.»

60. En tales condiciones, el mecanismo de revisión eventual tiene como objetivo unificar la jurisprudencia en los procesos de acciones populares y de grupo por lo que esta Corporación se encuentra facultada para elegir, o no, para selección las providencias -autos o sentencias- que finalicen el proceso.

¹⁵ Inciso 1o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713-08 de 15 de julio de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, '... en el entendido de que es una competencia adicional y que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión'.

¹⁶ Parágrafo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713-08 de 15 de julio de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, '... en el entendido de que se trata de una competencia adicional del Consejo de Estado, de que la eventual revisión es contra sentencias o providencias que pongan fin a un proceso, proferidas por los tribunales administrativos, para unificar la jurisprudencia, y de que no impide la interposición de la acción de tutela'.

Lo anterior, según el tema y con el fin de que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos facticos y jurídicos.

61. La Ley 1437 de 2011 mantuvo el mecanismo de revisión eventual y plasmó dicho propósito de forma más clara en su artículo 272, así:

«La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.»

62. El referido Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante sus artículos 271, 273 y 274 reguló la procedencia y los aspectos de trámite y competencia. La misma norma en su artículo 270 estableció que la sentencia que decide sobre la providencia seleccionada para revisión tiene el carácter de sentencia de unificación, en los siguientes términos:

*«Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial
Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.»*

63. En este orden, se tiene que la revisión eventual procede respecto de providencias y sentencias en firme, sobre las cuales se han agotado las correspondientes instancias; sin embargo, conforme al criterio de esta Corporación¹⁷, no constituye una tercera instancia, toda vez que cuando el Consejo de Estado conoce del mecanismo de revisión eventual no actúa como juez de instancia, sino como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

64. Con fundamento en los anteriores criterios, esta Sala Especial de Decisión abordará el estudio de los temas que fueron seleccionados por la Sección Segunda del Consejo de Estado con el objeto de unificar la

¹⁷ Sobre el alcance, finalidad y requisitos del mecanismo de revisión eventual pueden consultarse las siguientes providencias de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación: i) sentencia del 1.º de diciembre de 2015, Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), ii) sentencia del 8 de octubre de 2013 Radicación número: 08001-33-31-003-2007-00073-01(AP)REV y iii) sentencia del 3 de septiembre de 2013 Radicación número: 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ).

jurisprudencia o reiterar la ya unificada. En el caso concreto, determinará si el fallo del tribunal que se revisa resulta contrario a los temas unificados, en el evento de ser así, lo dejará sin efectos y proferirá una nueva decisión que se ajuste a la unificación.

3. Problema jurídico.

65. La Sala observa que en el auto de 11 de diciembre de 2012¹⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado halló procedente seleccionar para revisión el proceso de la referencia para: i) establecer un criterio unívoco en torno a las facultades del juez popular para declarar la nulidad de los contratos y ii) *«analizar el alcance de los derechos en materia de acciones populares, pues se advierte que los jueces de primera y segunda instancia, amparados en diferentes sentencias del Consejo de Estado, llegan a posiciones antagónicas en torno a la naturaleza de los derechos cuya protección se invoca.»*. Pese a que en esa oportunidad no se determinaron los derechos colectivos cuyo alcance debían ser objeto de unificación, de la revisión de la demanda y de las sentencias de instancia, la Sala deduce que son los de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

66. Sobre los temas seleccionados, la Sala Especial precisa que esta Corporación tiene posiciones unificadas respecto de: i) la facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos en vigencia del CCA, fijada en sentencia de 4 de octubre de 2021¹⁹ y ii) el concepto del derecho colectivo a la moralidad administrativa, definido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 1° de diciembre de 2015²⁰, tesis que ha sido reiterada en las sentencias de 5 de junio de 2018²¹ y 4 de marzo de 2019²², ambas de unificación, como se explicará más adelante. En consecuencia, se estará a lo dispuesto en esas providencias.

¹⁸ Folios 1371 - 1397

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Décima Especial de Decisión, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 52001-33-31-008-2008-00304-01

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01.

²¹ Consejo de Estado, Sala Seis Especial de Decisión, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 15001-33-31-001-2004-01647-01.

²² Consejo de Estado, Sala Doce Especial de Decisión, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 05001-33-31-2010-00032-01.

67. En este orden, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: Establecer la necesidad de unificar el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, en caso afirmativo, lo precisará. Definido lo anterior, en el asunto concreto la Sala establecerá si las empresas demandadas trasgredieron las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público con ocasión de la suscripción de los otrosíes Nos. 2 y 3, por medio de los cuales se introdujeron cambios al contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A E.S.P y ELECTROLIMA S.A E.S.P en Liquidación sobre el sistema de distribución de propiedad de la última empresa y si debe mantenerse la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

3.1 La procedencia de anular un contrato administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo en vigencia del CCA.

68. El demandante popular pidió la revisión de la sentencia de segunda instancia de 30 de agosto de 2011 porque considera que el Tribunal Administrativo del Tolima desconoció y/o interpretó de forma errónea la jurisprudencia de esta corporación al negarse a estudiar la legalidad de los contratos sometidos a revisión en sede popular y disponer su anulación.

69. Como se indicó, mediante auto de 11 de diciembre de 2012, la Sección Segunda de esta Corporación seleccionó el asunto para revisión pues consideró que el tema de la posibilidad de declarar la nulidad de contratos estatales a través de la acción popular había presentado diferentes tratamientos y generado diversas posturas al interior de la Corporación, de la administración y de la academia. En consecuencia, resultaba necesario fijar un criterio unívoco respecto de las facultades del juez popular para declarar la nulidad de los contratos en sede popular.

70. Sobre este tema, se precisa que mediante sentencia del 4 de octubre de 2021, proferida dentro del expediente radicado con el número 52001-33-31-008-2008-00304-01 (AP), esta misma Sala Especial de Decisión estableció la siguiente tesis de unificación: En las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se

consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello.

71. En esa oportunidad, luego de estudiar los orígenes de la acción popular, su naturaleza y fines y el tratamiento jurisprudencial sobre la posibilidad de anular un contrato administrativo en sede popular en vigencia del Decreto 01 de 1984, la Sala estableció que esa potestad no era la única y más adecuada medida para lograr los propósitos y fines que informan este tipo de procesos.

72. La Sala determinó que en los casos en que se acredite la violación de la ley que configure la nulidad del contrato y ello implique la vulneración de la moral administrativa u otra garantía colectiva, en vigencia del C.C.A el juez popular no tenía la facultad de declarar su nulidad. La posición de unificación se sustentó en argumentos relacionados con el carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias y el alcance y aplicación especial del principio de congruencia en esta clase de procesos.

73. Adicionalmente, la Sala expuso razones de seguridad jurídica y de orden procesal para determinar que el juez puede adoptar medidas diferentes a la de la anulación del contrato que eviten irrumpir en las atribuciones del juez ordinario y en las consecuencias propias de otras acciones. Con fundamento en lo indicado, se fijó el criterio de unificación según el cual, el juez popular tenía la competencia para emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados o que estén en inminente peligro.

74. En este orden, y conforme a la tesis de unificación sentada por esta Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado, que en esta oportunidad se reitera y aplica a este caso con el propósito de conservar la uniformidad de la jurisprudencia, se señala que cuando la amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos sea causada por un contrato administrativo, el juez popular puede adoptar las medidas que considere necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de tales derechos colectivos sin que tenga la facultad de declarar su nulidad, pues esa competencia le corresponde al juez contencioso en el marco de las acciones ordinarias previstas en la ley.

3.2 Del derecho colectivo a la moralidad administrativa

75. De acuerdo con el auto de 11 de diciembre de 2012²³, la Sección Segunda del Consejo de Estado también halló procedente seleccionar para revisión el proceso de la referencia con el propósito de unificar el concepto del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

76. La Sala Especial observa que el referido tema fue unificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación mediante sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), dictada dentro del expediente radicado con el número 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)²⁴. En esa ocasión, luego de realizar un recuento jurisprudencial sobre el tema, se explicó que la moralidad administrativa tiene una doble naturaleza, por cuanto es al mismo tiempo un principio de la función administrativa, consagrado así desde la misma Constitución Política y un derecho colectivo, susceptible de protección mediante acción popular.

77. En la referida providencia de unificación se precisó que el concepto de moralidad administrativa está ligado al ejercicio de la función administrativa, la cual está determinada por la satisfacción del interés general y debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública.

78. También se estableció que el derecho a la moralidad administrativa se compone de dos elementos: i) objetivo y ii) subjetivo, los cuales deben aparecer probados en el proceso para que proceda el amparo a la referida garantía. El elemento objetivo se refiere al quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este puede darse en dos manifestaciones: (i) en conexidad con el principio de legalidad y (ii) por violación de los principios generales del derecho.

79. Por su parte, el elemento subjetivo tiene que ver con la conducta del funcionario, de modo que se transgrede el derecho colectivo a la moralidad cuando quien cumple una función administrativa tiene conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas, deshonestas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública. Para que proceda el amparo a la garantía a la moralidad administrativa, debe comprobarse que el servidor se

²³ Folios 1371 - 1397

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre primero (1º) de dos mil quince (2015). M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

80. Finalmente, en esa ocasión esta Corporación determinó que en cumplimiento del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el 167 del Código General del Proceso, debe existir respecto de tal derecho colectivo una imputación y carga probatoria por parte del actor popular.

81. En síntesis para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la moralidad administrativa se requiere de la confluencia de tres elementos: i) elemento objetivo: el incumplimiento de la ley o de los principios generales de derecho, ii) elemento subjetivo: acción u omisión del funcionario que se aparta del cumplimiento del interés general en aras de su propio beneficio o el de un tercero, o en provecho particular y, iii) imputación o carga probatoria, esto es, una carga argumentativa, directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de conductas atentatorias de la moralidad.

82. En este orden, al haberse fijado los parámetros para establecer el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sala prohija de manera integral los lineamientos y criterios sentados en las sentencias de unificación del 1° de diciembre de 2015²⁵, 5 de junio de 2018²⁶ y 4 de marzo de 2019²⁷.

3.3 Derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

83. Del contenido del auto de 11 de diciembre de 2012, por medio del cual se seleccionó para revisión este asunto, la Sala Especial puede advertir que el otro tema que se consideró requería el pronunciamiento del Consejo de Estado, era el de precisar el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

84. Al respecto, se señala que si bien mediante auto de 22 de octubre de 2010²⁸, la Sección Segunda de esta Corporación seleccionó el proceso con radicación número 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)REV con el propósito de «**precisar el concepto de lo que debe entenderse como**

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 15001-33-31-001-2004-01647-01.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 04.03.19., M.O. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 05001-33-31-2010-00032-01.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01.

derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público: elementos que los configuran.», este última garantía colectiva no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia de 1° de diciembre de 2015 que resolvió el asunto. En esa oportunidad, esta corporación solamente unificó su criterio respecto de la moralidad administrativa pero no efectuó *«ninguna referencia al derecho colectivo de defensa del patrimonio público individualmente considerado»*, pues consideró que *«lo cierto es que de acuerdo con las consideraciones que efectuó el Tribunal, en las que no desarrolló argumentación alguna en relación con la defensa del patrimonio público como derecho colectivo independiente al de la moralidad administrativa [...]»*

3.3.1. Necesidad de unificación.

85. Para establecer la necesidad de unificación, a continuación la Sala realizará un estudio de la jurisprudencia de esta Corporación y de la doctrina respecto del concepto de la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público del que establecerá si frente al tema existe disparidad de criterios o se verifica la ausencia de uno consolidado que amerite expedir una sentencia de unificación. En caso afirmativo, determinará cuál es la tesis que deberá seguir aplicándose.

4. Tratamiento jurisprudencial sobre el concepto del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

86. En este apartado, la Sala Especial estudiará lo que la jurisprudencia ha entendido por patrimonio público y ha establecido respecto de la garantía colectiva a su defensa.

87. En relación con el concepto de patrimonio público, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-479 de 1995, que *«en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera, a la comunidad, y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos.»*

88. La Sala Especial observa que el contenido del patrimonio público también ha sido determinado por la jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia del 31 de mayo de 2002 determinó que *«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 [...]». En esa oportunidad también se indicó que con su garantía se pretende que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable.²⁹

89. La referida definición, fue reiterada en pronunciamientos posteriores de esta Corporación³⁰. A continuación, la Jurisprudencia estableció que el concepto de patrimonio público también se integra por *«bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población»*.³¹

90. El concepto fue repetido, en similares términos, por la Sección Primera de esta corporación en sentencia de 13 de mayo de 2010³². En esa oportunidad, esa Sala agregó que conforme al sentido amplio de la noción, prevista en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, en el patrimonio público *«se incluyen los bienes inmateriales y los derechos e intereses no susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es llamado, -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos. Tal es el caso del territorio nacional, del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, respecto de la cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un “dominio eminente” por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad.»*

²⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 31 de mayo de 2002, M.P. Ligia López Díaz, Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01 (AP 300).

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.M.P.Ramiro Saavedra Becerra.

³² Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, Rad. 05001-23-31-000-2006-04776-01(AP).

91. En el mismo sentido se observan las sentencias de 8 de junio de 2011³³ y de 25 de febrero de 2016³⁴, en las que la Sección Tercera de esta Corporación hizo referencia al concepto del patrimonio público, como *«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.»*

92. De lo expuesto, la Sala Especial puede deducir que no existe una definición precisa de lo que debe entenderse por patrimonio público sino más bien un esbozo de su contenido, a partir de los bienes, derechos e intereses que le sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. En consecuencia, procederá a definirlo dada su incidencia sustancial en el alcance de garantía colectiva a la defensa del patrimonio público.

10. Criterio de unificación jurisprudencial.- Definición de patrimonio público y alcance del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

93. En criterio de la Sala Especial de Decisión, el patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente.

94. La garantía colectiva a la defensa del patrimonio público propugna por su protección, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento. Las razones que fundamentan las tesis de unificación son las siguientes:

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Jaime Santofimio Gamboa, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz, Radicación 25000-23-24-000-2012-00656-01(AP).

11. Concepto de patrimonio público.

95. El patrimonio público «es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal»³⁵. Por una parte, «constituye objeto de gestión» y, por la otra, «objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir judicialmente para su restauración o recomposición»³⁶.

96. El profesor Libardo Rodríguez Rodríguez, retomando a los tratadistas Enrique Sayagués Lasso y André de Laubadère, identifica tres conceptos para entender el concepto del patrimonio público. El primero, es el dominio eminente que se refiere al poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, «el cual se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades de la comunidad lo requieran, aun cuando aquel esté sometido a propiedad privada»³⁷.

97. La Sala Especial observa que en lo que tiene que ver con el patrimonio público, además del dominio eminente, conforme al referido tratadista, es necesario tener en cuenta dos conceptos básicos más: el dominio público³⁸ y el dominio privado del Estado³⁹. Esas nociones, a su vez, guardan correspondencia con la definición tradicional de patrimonio público que se deriva de lo establecido en la legislación civil, según la cual en Colombia él estaba compuesto por el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales.⁴⁰

98. En ese orden, se tiene que el primer componente se refiere al territorio. Este elemento además de delimitar el alcance de la propiedad estatal al ámbito terrestre, en el que se comprende el subsuelo, el cielo y lo que se halle en sus aguas marinas, también delimita el ámbito de soberanía.⁴¹

³⁵ Carrillo Ballesteros, Jesús María. Del patrimonio público: Una aproximación al concepto y a su contenido. Prolegómenos Derechos y Valores, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282>.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Rodríguez Rodríguez, Libardo, Derecho administrativo – general y colombiano, Editorial Temis, 2008, pág.244.

³⁸ El dominio público está constituido por aquellos bienes en los cuales se manifiesta una propiedad especial del Estado; se trata de un conjunto de bienes afectados al uso de todos y de bienes afectados a los servicios públicos.

³⁹ El dominio privado del Estado está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público.

⁴⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, Elementos de Derecho administrativo, Módulo Auto formativo, ESAP, 1990, pág. 431.

⁴¹ Ibidem.

99. En segundo término y a partir de la clasificación y la enunciación del original Código Civil⁴², de Ley 48 de 1882⁴³, del Decreto 1381 de 1940⁴⁴ y el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente⁴⁵, entre otras normas, se encuentran los bienes de uso público o de la unión, cuyo uso pertenece en general a los habitantes de un territorio. En ellos, se enlistan las calles, plazas, puentes y caminos, los ríos y las aguas que corren por cauces naturales, los baldíos nacionales y los bosques existentes sobre esos baldíos, los recursos naturales, las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, la atmósfera, el espacio aéreo nacional, la tierra, el suelo y el subsuelo, la flora, la fauna, los recursos biológicos de las aguas y el espectro electromagnético.

100. Seguidamente, se encuentran los denominados bienes fiscales que pertenecen al Estado, constituyen el dominio privado de este pero no están al servicio libre de la comunidad, sino que están destinados al uso privativo de la administración para los fines que le son propios. Entre ellos, se incluyen todas aquellas tierras situadas en el territorio y que carezcan de otro dueño, las rentas, valores, derechos y acciones, las minas, los recursos naturales no renovables, los edificios de las oficinas públicas y los recursos del presupuesto.⁴⁶

101. Ahora, la Sala también establece que de acuerdo con la referida legislación civil⁴⁷, la administrativa y algunos preceptos de la Carta de 1991, es posible identificar un cuarto grupo que, junto con los ya referidos, conforman el patrimonio público. Frente a este aspecto, se resalta que la Asamblea Nacional Constituyente consideró necesario establecer la protección del patrimonio cultural de la Nación⁴⁸, tal guarda quedó incorporada en el orden constitucional.

102. Conforme al contenido del artículo 72 de la Constitución Política⁴⁹, relacionado con la protección estatal del patrimonio cultural y arqueológico de

⁴² Artículos 674, 675, 676, 706 y 707 y s.s. del Código Civil.

⁴³ «sobre tierras baldías»

⁴⁴ « sobre aprovechamiento, conservación y distribución de aguas nacionales de uso público»

⁴⁵ Decreto 2811 de 1974

⁴⁶ Artículo 674 del Código Civil

⁴⁷ Código Civil, Ley 48 de 1882, Decretos 1381 de 1940 y 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto ley 2324 de 1984

⁴⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta No. 133.

⁴⁹ Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de

la Nación, en esta cuarta categoría, se pueden incluir los bienes no palpables fácilmente, como son todos aquellos relacionados con el patrimonio cultural, bienes y valores constitucionales, como los hábitos o las costumbres, la lengua y los dialectos o registros sonoros y el patrimonio cultural sumergido. Frente a ello, la Sala observa que la Corte Constitucional se ha referido en diversas providencias al valor y la importancia que tiene para el país el patrimonio cultural de la Nación y a la imperiosa necesidad de preservarlo y defenderlo, razón por la cual se le otorgan los atributos de inalienable, inembargable e imprescriptible⁵⁰.

103. En términos de la Corte Constitucional⁵¹, el referido artículo 72 de la Constitución Política *«prevé el mandato de protección a cargo del Estado respecto de “tres tipos de bienes”⁵², a saber: “(i) el patrimonio cultural de la Nación, (...) (ii) el patrimonio arqueológico (...) y (iii) los bienes que conforman la identidad nacional”⁵³. A partir de este mandato constitucional, la Corte ha identificado otra “categoría de bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación (...): los bienes de interés cultural”⁵⁴, los cuales son regulados mediante la Ley 397 de 1997. Mientras que los conceptos de “patrimonio cultural de la Nación”, “patrimonio arqueológico” y “bienes de interés cultural” están definidos por la normativa vigente, el de “bienes culturales que conforman la identidad nacional” no ha sido definido por el Legislador.»*

104. Por su parte, esta Corporación en Sentencia de Unificación de 13 de febrero de 2018⁵⁵, determinó que *«se entiende por patrimonio cultural todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el*

particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

⁵⁰ Sentencias C-204 y C-530 de 1993, T-111 de 1995, C-469 de 1997, C-191 de 1998, C-366 y C-924 de 2000 y C-1097 de 2001.

⁵¹ Sentencia C- 082-20

⁵² Sentencias C-034 de 2019 y C-742 de 2006.

⁵³ Sentencia C-668 de 2005. Cfr. Sentencia C-111 de 2017.

⁵⁴ Sentencia C-742 de 2006. “(...) dentro de la categoría de bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación, existirá otra: la de los bienes de interés cultural, que surge en virtud de la declaración expresa del Ministerio de la Cultura, para que sean los destinatarios de la Ley 397 de 1997 y de sus normas reglamentarias. Entonces, los bienes de interés cultural son aquellos que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación, pero que, en consideración con la declaratoria gubernamental como tal, se rigen por lo dispuesto en la ley de la cultura y en sus normas reglamentarias”. En esta sentencia también se señaló que “el concepto de patrimonio cultural de la Nación es general y el de interés cultural es especial, de ahí que los bienes que hacen parte de la primera categoría no siempre pertenezcan a la segunda, pero los que adquieren el carácter especial de interés cultural, dada su declaratoria, siempre hacen parte del patrimonio cultural de la Nación”.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018, M.P William Hernández Gómez Bogotá, D.C., Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.»

105. Además, la Sala Especial destaca que la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, entre los varios cambios sustanciales que introdujo, estableció un sistema de guarda de los intereses colectivos que trasciende la apropiación pública, en cuanto determinó la garantía sustancial del medio ambiente y en consecuencia, la del patrimonio natural⁵⁶. Lo anterior, a través de la consagración de la función ecológica del derecho de propiedad, fijado en el artículo 58 constitucional⁵⁷.

106. Como antecedentes de la importancia de la protección y la conservación del patrimonio cultural y natural a nivel internacional, la Sala Especial resalta el Convenio sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, adoptado en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas por la Educación, la Ciencia y la Cultura realizada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972⁵⁸.

107. En esta Convención se introdujeron una serie de innovaciones en cuanto a la gestión y protección del patrimonio cultural mundial. En ella y por primera vez se estableció el concepto de «*Patrimonio Mundial*» (o Patrimonio de la Humanidad), entendido como «*los bienes que por su valor excepcional deben ser protegidos a nivel internacional*». El acuerdo estableció que los Estados miembros debían elaborar informes para explicar las actuaciones realizadas en orden a fomentar y conseguir la protección del patrimonio cultural y natural de su territorio⁵⁹.

108. El referido instrumento internacional de la «*Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*», entró en vigor para

⁵⁶ U. Externado, Bogotá), p. 207-232; PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2014), «La propiedad de los bienes de uso público», en Revista de Derecho Administrativo Económico (No. 18, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile), p. 73-98.

⁵⁷ Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

⁵⁸ <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>

⁵⁹ *Ibidem*

Colombia el 24 de agosto de 1983, una vez fue aprobada por el Congreso mediante la Ley 45 de 1983⁶⁰ y depositada ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Unesco.

109. La Sala observa que la protección internacional del medio ambiente como bien público se ha estructurado en dos (2) mecanismos principales: i) los tratados internacionales y ii) la cooperación Internacional⁶¹. En lo que tiene que ver con el primer componente, se resalta la existencia de alrededor de novecientos (900) instrumentos en el contexto internacional que establecen procedimientos y mecanismos de protección del medio ambiente.⁶² La Sala precisa que los tratados obligan solamente al Estado que ratifica su contenido y su validación puede realizarse con reservas que limiten su aplicación.

110. Además, se tiene que el derecho internacional del medio ambiente está contenido en diversos tratados y principalmente en la Declaración de Río. Esta última resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro realizada en 1992 que contiene veintisiete (27) principios rectores medioambientales con el propósito de proteger «*la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar.*»⁶³

111. Por su parte, la Cooperación Internacional, se constituye en un mecanismo de ayuda mutua y actitud colaborativa entre los Estados del sistema internacional. En cuanto al tema que interesa, la Sala observa que en las últimas décadas la protección del medio ambiente a nivel mundial se ha concebido como una tarea urgente, dado el deterioro que ha sufrido en razón a diversos fenómenos tales como el calentamiento global. Frente a ello, es deber de los Estados priorizar la protección del medio ambiente en el entendido de que es un bien público en riesgo. Para lo anterior, se requiere de una sólida legislación, de instrumentos para garantizarlo o restaurarlo, de

⁶⁰ Publicada en el Diario Oficial número 36.415 del 22 de diciembre de 1983

⁶¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho Internacional Público, Editorial TEMIS, Sexta Edición. 2011.

⁶² Edith Brown Weiss, Paul C. Saenz and Dabuek B. Magraw, International Environmental Law, Basic Instruments and References, Transnational Publishers, Inc. 1992.

⁶³ <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> Exposición de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

acciones gubernamentales y de revisiones de los jueces para garantizar el cumplimiento de la ley en esta materia⁶⁴.

112. En efecto, si bien la garantía y preservación del medio ambiente es un fin compartido del sistema internacional es a cada Estado al que le compete legislar, reglamentar y regular a nivel interno⁶⁵. Así quedó determinado en la Conferencia sobre Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en Teherán del año 1968 y en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medioambiente Humano de 1972.

113. En la mencionada Conferencia sobre Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en Teherán, se abordaron temas sobre desarrollo económico y derechos humanos. Esta reunión concluyó con la proclamación de que todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y la consideración del derecho al acceso de un medio ambiente sano como un derecho humano fundamental⁶⁶.

114. A su vez, la Conferencia de Estocolmo sobre el Medioambiente Humano de 1972 produjo como resultado una Declaración en la que se reconoce que la protección del medio ambiente es una pre – condición para el disfrute efectivo de los derechos humanos⁶⁷. La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la resolución 45/94, lo citó de la siguiente forma: *«Se reconoce que todos los individuos tienen derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar; y hace un llamado a los Estados Miembro y a las organizaciones intergubernamentales y no – gubernamentales a realizar esfuerzos hacia la garantía de un medio ambiente mejor y más saludable.»*⁶⁸

115. La doctrina internacional también se ha ocupado de este tema, la Sala refiere al profesor de la Universidad de Ámsterdam André Nollkaemper⁶⁹, quien considera que en el contexto internacional contemporáneo se plantea la existencia de dos nociones del concepto de bien público mundial. El primero, se refiere al uso internacional del concepto como una norma de efecto erga omnes por ser considerada como beneficiosa para la comunidad

⁶⁴ Michael Renner, "National Security: The Economic and Environmental Dimensions", in World watch Paper 89, May 1989.

⁶⁵ https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R14/R14-ESER.html Revista de Relaciones Internacionales sobre las características del derecho internacional ambiental.

⁶⁶ <https://www.un.org/es/conferences/human-rights/teheran1968>

⁶⁷ <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>

⁶⁸ <https://www.un.org/es/documents/ag/res/49/list49.htm>

⁶⁹ Profesor de la clase de internacional público de la Universidad de Ámsterdam y Presidente de la Sociedad Europea de Ley Internacional.

mundial como un todo y que refleja valores fundamentales de la comunidad internacional. El otro, se relaciona con la protección del bien público que conlleva una problemática de acción colectiva. Se refiere a las capacidades y voluntades estatales de materializar los mandatos de protección de los bienes públicos de la normatividad internacional.⁷⁰

116. La Sala Especial considera que en el ámbito descrito, es donde cobra relevancia la importancia de la labor de los jueces, los tribunales y las cortes a nivel nacional e internacional para garantizar el respeto por la normatividad medioambiental, en tanto patrimonio público, no solamente de la dimensión interna de cada sociedad, sino como interés público de todo el sistema internacional.

117. De acuerdo con el Juez Christopher Weeramantry de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁷¹: *«La protección del medio ambiente es una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, ya que es un elemento sine qua non para la existencia de numerosos derechos humanos, tales como el derecho a la salud y el derecho a la vida misma. Es imperativo recalcar en este punto, que todo daño al medio ambiente repercute en los derechos humanos de los que se hablan en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos de los derechos humanos.»*⁷²

118. Entonces, con el propósito de dispensar una protección constante y continua del medio ambiente en los países, los jueces de cada uno tienen la importante tarea de discernir en cada caso particular si temas, tales como el de la explotación de recursos naturales en determinada forma contravienen los intereses globales de protección del medio ambiente. De este modo lo han decidido tribunales tanto regionales como nacionales en el contexto internacional. La Sala Especial destaca los más de 300 casos solucionados por la Corte Europea de Derechos Humanos que están relacionados con el medioambiente como bien público, cuya *ratio decidendi* se sustenta en la prelación del bienestar que genera el medio ambiente para el bienestar del ser humano en la esfera de sus derechos fundamentales y como activo

⁷⁰ <http://www.ejil.org/pdfs/23/3/2304.pdf> International Adjudication of Global Public Goods: The intersection of Substance and Procedure

⁷¹ De 1991 a 2000

⁷² Referencia integrada al texto de Dinah Shelton. Página 131. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39417.pdf>

global que debe preservarse o consumirse con consciencia y sentido de preservación.⁷³

119. También se observa un compromiso similar frente a la protección del patrimonio público en los ordenamientos jurídicos de la región de América Latina. Se destacan los ejemplos de Brasil ⁷⁴ y Chile⁷⁵.

120. A partir de lo anterior, se establece que el medio ambiente es, tanto en el orden nacional⁷⁶, como internacional⁷⁷, un bien público. En este último ámbito su concepto no se entiende solamente como un activo para la sociedad, sino también como un derecho fundamental y derecho humano internacional de las personas. Lo anterior, en cuanto sus miembros tienen el derecho a gozar de un medio ambiente sano, en el que sea fácticamente realizable el desarrollo de los demás derechos que componen la lista de garantías mínimas que les asisten⁷⁸.

121. De todo lo expuesto, es posible establecer que la noción tradicional del patrimonio público se ha acrecentado con nuevos componentes que tienen que ver con bienes, expresiones o valores que son integrados a la vida jurídica dada su importancia sociopolítica o económica⁷⁹ y por su contenido e implicación universal. En este orden, la Sala Especial considera necesario definir lo que se entiende por patrimonio público incorporando a su concepto tradicional esos nuevos valores tangibles e intangibles.

122. En criterio de la Sala Especial de decisión, el patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio

⁷³ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf

⁷⁴ https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92002017000100002&script=sci_arttext

⁷⁵ <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041320001.pdf>

⁷⁶ <https://www.redalyc.org/pdf/876/87601702.pdf>. Recuento nacional de cómo ha sido el manejo del concepto de medio ambiente y patrimonio público en Colombia.

⁷⁷ Damhuis, E & Meulen, L. Van Der, *The Environment as Public Good: Insights in Environmental Behavior and Support for Environmental Policies and the influence of Time Preferences*, University Utrecht. 2016.

⁷⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018, M.P William Hernández Gómez Bogotá, D.C., Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente.

12. Definición y alcance del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

123. Establecido lo anterior, la Sala observa que los bienes públicos, en general, se identifican en nuestro ordenamiento jurídico con un interés colectivo digno de protección: el patrimonio público. Lo anterior, conforme al contenido del artículo 88 de la Constitución Política que establece el derecho colectivo a su defensa, susceptible de ser protegido a través de la acción popular.

124. La Sección Tercera del Consejo de Estado analizó la consagración y contenido del derecho colectivo a protección del patrimonio público en la sentencia de 6 de septiembre de 2001⁸⁰, de la siguiente manera:

«El Derecho Colectivo a la protección del Patrimonio Público.

Este derecho, se encuentra consagrado en el artículo 4 literal e, de la ley 472 de 1998.

La inclusión de este derecho tiene como objetivo posibilitar a los ciudadanos exigir el adecuado manejo de los recursos públicos, a su vez, es otra forma de control al ejercicio del poder en manos de los ciudadanos y tiene como fin que se pueda establecer la responsabilidad en los recursos manejados, aplicación que se origina en virtud de la figura propia del derecho anglosajón conocida como accountability.

En relación con la defensa del Patrimonio Público y la Moralidad Administrativa la H. Corte Constitucional destacaba:

“No se trata pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual y al código respectivo.

Ha dado, pues el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad de los recursos públicos; ha propendido por la estricta observancia de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público⁸¹”.

[...]

La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera correcta, conforme lo disponen las normas presupuestales.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 6 de septiembre de 2001, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

[...]

125. Posteriormente, en la sentencia de la Sección Primera del 6 de noviembre de 2013⁸², esa Sala retomó el mismo concepto y se explicó que el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público tiene naturaleza dual, toda vez que *«de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente»*⁸³.

126. Mediante sentencia de 25 de febrero de 2016⁸⁴, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación frente a la referida garantía colectiva, reiteró lo anterior en idénticos términos y agregó que *«Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido.»*

127. Por su parte, la Subsección A de la Sección Tercera de la Corporación, en sentencia del 25 de mayo de 2016⁸⁵, retomó la definición de patrimonio público y el contenido de esa garantía. Frente a lo último, recordó lo determinado por esa misma Sala en la sentencia de 10 de febrero de 2005⁸⁶, en la que se indicó que *«EL INTERÉS COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO es uno de los derechos de mayor connotación en el Estado de Derecho colombiano, teniendo en cuenta que es a través de él que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido, y participa en la prestación de servicios públicos en beneficio de la comunidad»*.

⁸² Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. María Elizabeth García González, Rad. 25000-23-24-000-2012-00145-01(AP).

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2011. Expediente núm. 2004-00540. M.P Enrique Gil Botero.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2016, rad: 25000-23-24-000-2012-00656-01(AP), M.P Olga Mélida Valle de De la Hoz.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de mayo de 2016, M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 52001-23-31-000-2011-00297-01(AP).

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. AP. 2003-254-01.

128. En la referida providencia, esa Sala agregó que *«con el fin de identificar una posible infracción del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público resulta indispensable analizar la conducta imputada a la parte accionada, para, de esta manera, verificar si su proceder resulta constitutivo de un manejo irresponsable, negligente o que encarne una destinación diferente de la legalmente establecida respecto de los bienes y derechos de titularidad pública, concepto que incluye el de propiedad pública, pero no se agota en él.»*⁸⁷

129. Del anterior recuento, la Sala Especial deduce que no se observa contradicción en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la definición de la garantía de la defensa del patrimonio público. En efecto, esta corporación en sentencia del 4 de marzo de 2019⁸⁸, afirmó que *«Resulta pacífico el criterio que ha sentado la Corporación al definir el derecho colectivo que garantiza la protección del patrimonio público como aquel que busca resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del Estado además de propugnar por una administración eficiente que evite cualquier detrimento al patrimonio estatal. [...]»*⁸⁹; sin embargo, este concepto se entiende complementado con la definición que del patrimonio público establece la Sala Especial en esta oportunidad, dada su relación.

130. Por otra parte, la Sala destaca el vínculo inescindible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa, relación que fue establecida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia de 31 de mayo de 2002⁹⁰ y reiterada también de forma tranquila en posteriores pronunciamientos⁹¹. Sobre el particular, en la ferida providencia se precisó lo siguiente:

«a) La Moralidad Administrativa:

*[...] la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica»*⁹².

⁸⁷ Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1998.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 2019, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 05001-33-31-011-2010-00032-01(AP)REV.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011. CP. Jaime Santofimio Gamboa. Radicación Nro. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de diciembre de 2017, Exp. 25000-23-41-000-2012-00682-01(AP), M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta; sentencia del 31 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), M.P. Ligia López Díaz.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP) y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018, M.P. William Hernández Gómez Bogotá, D.C., Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él. El funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio.

Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de las acciones populares (...).

Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los Principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la "moralidad administrativa" con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública.

b) Derecho Colectivo a la protección del Patrimonio Público.

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.

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.»

131. Sobre la conexidad entre las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 15 de agosto de 2007⁹³, afirmó que aunque «pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias [...], en la práctica, es difícil concebir un evento en que la

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)

administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.»⁹⁴.

132. En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta corporación en sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018⁹⁵, recordó que «*La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que existe una aproximación indiscutible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. En efecto, en los antecedentes de la Ley 472 de 1998 se definía la moralidad administrativa «[...] como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario [...]».*⁹⁶.

133. Por su parte, la Sala Séptima Especial de Decisión, en sentencia de 25 de mayo de 2021⁹⁷, en sede de revisión eventual, retomó las anteriores consideraciones y agregó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, se afecta en su «*dimensión objetiva conforme con la cual «se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política (...)»* (Destacado en el texto original).

134. Finalmente, la Sección Tercera, Sub Sección A de esta corporación en reciente sentencia de 16 de julio de 2021⁹⁸ reafirmó lo expuesto en

⁹⁴ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap.- 166. Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018, M.P William Hernández Gómez Bogotá, D.C., Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

⁹⁶ Gaceta del Congreso. Núm. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1. Artículo 4.º literal b. Inc. 2.º

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión, sentencia del 25 de mayo de 2021, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 05001-33-31-007-2009-00132-01(AP)REV.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Rad. 25000-23-41-000-2014-00349-01(AP).

consideraciones anteriores en lo que tiene que ver con el contenido y naturaleza de las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, en los siguientes términos:

«[...]

27.- Bajo la misma línea de pensamiento, en casos como este, la Sección ha sostenido que conforme con lo preceptuado en los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público revisten una doble naturaleza, en tanto principios infranqueables a los que debe ceñirse la actividad de la administración y derechos colectivos inalienables que, hacen de la acción popular un mecanismo verdadero y efectivo control constitucional de alcance particular -art. 88-⁹⁹, lo que significa que más allá del juicio formal que le corresponde al juez ordinario, el juez popular dados los derechos de origen constitucional que protege, sus decisiones deberán consultar los valores y principios de jerarquía superior, que rigen el comportamiento de los asociados y que comportan criterios de validez material que rigen las actuaciones administrativas, cumpliendo su doble propósito en tanto deberes de corrección que irradian todas las actuaciones de la administración.

28.- En consecuencia, mientras el juez popular subyace sus decisiones fundado en principios y valores constitucionales que constituyen verdaderas reglas vinculantes y criterios de validez material que rigen las actuaciones administrativas, la competencia de los jueces ordinarios se limitará a control de legalidad de cara a los elementos de perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato, [...]

51. Igual ocurre, respecto de la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues éste sólo se ve afectado, cuando la administración o el particular que administra recursos públicos los maneja indebidamente, bien porque lo hagan en forma negligente o porque se destinen a gastos diferentes a los expresamente señalados en la norma y ponga en riesgo la transparencia sobre la destinación de los recursos,¹⁰⁰ siempre bajo la comprobación de que la conducta descuidada, negligente o imperita, afecte el núcleo de ese derecho, aspecto que reside en la realización de los fines del Estado. »

135. La defensa del patrimonio público, conforme lo ha determinado el Consejo de Estado, tiene una doble naturaleza. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una objetiva o de principio, que se convierte en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, de forma eficiente y transparente y observando la legalidad presupuestal vigente¹⁰¹.

136. En consecuencia, para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público se requiere de la confluencia de los elementos: i) subjetivo, referido al análisis de la gestión de ese patrimonio

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP – 163 de 2001.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2016, rad: 25000-23-24-000-2012-00656-01(AP), M.P Olga Mérida Valle de De la Hoz.

a cargo del funcionario, de modo que si ésta se hace de forma irresponsable, deshonesto o negligente, se transgrede el interés colectivo protegido y, ii) objetivo, que se relaciona con el deber de las entidades estatales de gestionar el patrimonio público, de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política.

137. Asimismo, la Sala Especial destaca la conexidad e inescindibilidad que por regla general se configura entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, toda vez que casi siempre la vulneración de uno implica la transgresión del otro. Lo anterior, encuentra su génesis desde los antecedentes de la Ley 472 de 1998, oportunidad en la que se definió el derecho a la moralidad administrativa *«[...] como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario [...]»*¹⁰².

138. Además, se observa que si bien es posible pensar un daño a la moralidad administrativa separado de sus consecuencias, en la práctica, es difícil suponer un evento en el que la administración abandone los postulados del principio de la moralidad, sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público. *«Ello se explica porque en los términos de los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público gozan de una doble naturaleza, en tanto son principios¹⁰³ infranqueables a los que debe ceñirse la actividad de la administración y derechos colectivos inalienables¹⁰⁴ [...] De aquí que, a través de la acción popular se pretende corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público con el fin de superarlos; no se trata de*

¹⁰² Gaceta del Congreso. Núm. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1. Artículo 4.º literal b. Inc. 2.º

¹⁰³ *“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁰⁴ *“ARTÍCULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, como quedó dicho, pues ello le corresponde al juez natural, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias.»¹⁰⁵

139. De lo expuesto, la Sala Especial deduce que la protección del Patrimonio Público propende porque *«los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales»¹⁰⁶*. Así las cosas, la regulación legal de la defensa del Patrimonio, tiene una finalidad garantista, *«la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda la 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»¹⁰⁷*. Para el Consejo de Estado, *«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 [...]»¹⁰⁸*.

140. De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, que se prohíjan en esta providencia y precisado el concepto de lo que se de entender por patrimonio público, la Sala especial concluye que la garantía colectiva a su defensa propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento.

Análisis del caso concreto.

141. En el presente asunto, como se expuso al inicio de esta providencia, el demandante popular pretende el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. Pide que se declare que las demandadas vulneraron las anteriores garantías y como

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Rad. 25000-23-41-000-2014-00349-01(AP).

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002. Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro; y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01. Acción Popular de William Parías contra Banco del Estado. Apartes transcritos en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. Prolegómenos Derechos y Valores, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020

¹⁰⁸ Ibídem

consecuencia, solicita que se declare la nulidad absoluta de los otrosíes Nos. 2 y 3, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A. - E.S.P.¹⁰⁹, y ELECTROLIMA S.A. E.S.P. en Liquidación¹¹⁰, que modificaron el contrato de arriendo de 13 de agosto de 2003, suscrito entre esas empresas sobre el sistema de distribución eléctrica de propiedad de la última porque considera que se suscribieron en detrimento del patrimonio de la primera y de sus acreedores.

142. Con el propósito de establecer si en ejercicio de la actividad contractual, esto es, con ocasión de las modificaciones acordadas frente al contrato de arriendo a que se viene haciendo referencia, las entidades demandadas vulneraron las garantías colectivas a la moralidad administrativa y al patrimonio público, la Sala procede, en primer lugar, a establecer la naturaleza y constitución de las empresas demandadas, ELECTROLIMA S.A. E.S.P. en Liquidación y de ENERTOLIMA S.A. - E.S.P., enseguida analizará el referido acuerdo.

1. Naturaleza jurídica y composición accionaria de la Electrificadora del Tolima S.A E.S.P. - ELECTROLIMA en Liquidación y de la Compañía Energética del Tolima S.A - E.S.P. – ENERTOLIMA.

143. ELECTROLIMA S.A. E.S.P. fue creada por medio de la Escritura Pública No. 907 de 24 de 1955, inscrita en la Cámara de Comercio el 8 de junio de ese mismo año y constituida como una sociedad por acciones del tipo de las anónimas, del orden nacional perteneciente al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía¹¹¹. Fue organizada como empresa de servicios públicos domiciliarios, con participación accionaria mayoritaria de la Nación, con domicilio en la ciudad de Ibagué. Además, prestaba los servicios públicos de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, especialmente en el departamento del Tolima¹¹².

144. Por medio de la Resolución 01398 de 16 de enero de 2002, la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios tomó posesión de ELECTROLIMA por encontrarse incurso en las causales previstas en los

¹⁰⁹ Constituida mediante la Escritura Pública N° 2189 de agosto 11 del 2003 otorgada en la Notaría 56 del Círculo de Bogotá, cuyo objeto social es la distribución y comercialización de energía eléctrica en el territorio nacional.

¹¹⁰ Sociedad anónima, constituida por acciones y organizada como empresa de servicios públicos domiciliarios, con participación accionaria mayoritaria de la Nación, con domicilio en la ciudad de Ibagué.

¹¹¹ Folios. 138 a 140

¹¹² <http://electrolima.com/>

numerales 1° y 7° del artículo 59¹¹³ de la Ley 142 de 1994¹¹⁴, debido a que «*el volumen de sus pasivos no le permitía garantizar la prestación del servicio de manera continua y eficiente.*»¹¹⁵.

145. La anterior decisión obedeció a que: i) al 6 de septiembre de 2001, la Empresa registró cuentas por pagar vencidas en cuantía de \$36.868.000.000, ii) tenía vigentes 7 programas de limitación de suministro, conforme a la Resolución CREG 116 de 1998, iii) el flujo de caja proyectado por la empresa para el año 2001 arrojó un déficit de \$32.269.000.000, y iv) el Contrato BOOT¹¹⁶ se adicionó en tres oportunidades lo que generó un incremento de su valor inicial, el que pasó de US\$8.5 millones a US\$27.000.000, situación que generó un mayor endeudamiento de corto plazo y aumento de las cuentas por pagar¹¹⁷.

146. La liquidación de ELECTROLIMA fue ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la Resolución 003848 de 12 de agosto de 2003. Para esa actuación se fijó un plazo de dos años (13 de agosto de 2003 al 12 de agosto de 2005)¹¹⁸; sin embargo, a la fecha de expedición de esta providencia el proceso no ha finalizado y se han expedido varias resoluciones de prórroga del término, siendo la última la Resolución No. SPD No. 20201000055715 de 2 de diciembre de 2020, que amplió el plazo de liquidación hasta el 31 de diciembre de 2021¹¹⁹.

147. Mediante Escritura Pública N.º 2189 del 11 de agosto de 2003 de la Notaria Cincuenta y Seis del Círculo de Bogotá se creó la Compañía Energética del Tolima - ENERTOLIMA S.A. E.S.P. como una sociedad por acciones del tipo anónima, cuyos socios originales fueron la FEN, CEDENAR, FINDETER, FONADE y la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMAMARCA¹²⁰, cada una con el 20% del capital¹²¹.

¹¹³ «ARTÍCULO 59. CAUSALES, MODALIDAD Y DURACIÓN. El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

[...]

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.

¹¹⁴ «por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.»

¹¹⁵ <https://www.dane.gov.co/files/icer/2003/tolima/t2.pdf>

¹¹⁶ Build-Own-Operate-Transfer

¹¹⁷ <http://electrolima.com/>

¹¹⁸ <http://electrolima.com/informe-de-gestion-del-gerente-liquidador/>

¹¹⁹ https://normograma.info/ssppdd/docs/resolucion_superservicios_55715_2020.htm

¹²⁰ <https://www.dane.gov.co/files/icer/2003/tolima/t2.pdf>

¹²¹ Folio. 1489 del cuaderno 3 del paquete 6

148. El Gobierno Nacional, mediante documento CONPES No. 3234 de 2003, apoyó el proceso de constitución de ENERTOLIMA y recomendó la vinculación de capital para efectos de asegurar una adecuada prestación del servicio de energía en el Departamento del Tolima.¹²²

149. El objeto de la sociedad lo constituyó la distribución y comercialización de energía eléctrica y servicios complementarios.¹²³ La empresa nació ante la orden de liquidación forzosa de ELECTROLIMA, *«En un esquema que se denominó “De contingencia” comenzó un proceso de negocios para estructurar la nueva compañía. El capital de trabajo se logró a través de un préstamo otorgado por la Financiera Energética Nacional, FEN, por valor de \$41 mil millones de pesos. Enertolima entregó (sic) un anticipo sobre los cánones de arrendamiento futuros por un valor de \$37 mil millones. Con el anticipo recibido, Electrolima pagó la liquidación de la mayoría de sus trabajadores y los 4 mil millones restantes se tomaron para proveer el capital de trabajo inicial.»*¹²⁴

2. El contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003, suscrito entre ELECTROLIMA S.A E.S.P. en liquidación y ENERTOLIMA S.A E.S.P.

150. Del acervo probatorio allegado al expediente, se advierte que el 13 de agosto de 2003, el liquidador de ELECTROLIMA S.A E.S.P. y el gerente de ENERTOLIMA S.A E.S.P., celebraron un contrato de arrendamiento en virtud del cual la primera (arrendador) concedió a la segunda (arrendatario) el uso y goce de su infraestructura de transmisión y distribución de energía eléctrica.

151. La cláusula primera del acuerdo contiene sus antecedentes y consideraciones. Allí se indicó que *«la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante resolución SSPD 003848 del 12 de agosto de 2003 ordenó la liquidación del Arrendador [...] por decisión del Ministerio de Minas y Energía, el Arrendatario es el encargado de la prestación de los servicios de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Tolima [...] para la prestación de dicho servicio público el Arrendatario requerirá servirse y utilizar la infraestructura de transmisión y distribución de propiedad del Arrendador [...] los recursos que perciba el Arrendador como resultado de la celebración del presente Contrato habrán de contribuir al pago de sus acreencias conforme lo indican las*

¹²² Folio. 1489 del cuaderno 3 del paquete 6

¹²³ <http://electrolima.com/>

¹²⁴ Informe final de gestión y resultado Compañía Energética del Tolima S.A E.S.P Año 2005 – paquete 5 - folio 1054

normas aplicables [...] el presente Contrato constituye y debe interpretarse como una fórmula o mecanismo de transición con el que se busca garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Tolima. [...] debido al estado de las redes de transporte de energía de propiedad del Arrendador, los niveles actuales de pérdidas totales de energía son del treinta por ciento (30%), rango que supera ampliamente los límites reconocidos por las normas vigentes y que obliga a contemplar estipulaciones especiales entre el Arrendador y el Arrendatario».¹²⁵

152. Las cláusulas del contrato original de arrendamiento, son las siguientes:

«Cláusula Segunda.- Objeto:

2.1. Por medio del presente Contrato, el Arrendador concede al Arrendatario el uso y goce de cualquiera y toda la infraestructura de transmisión y distribución de energía eléctrica que hasta el momento ha sido operada por el Arrendador incluyendo, sin limitación, la líneas, subestaciones y equipos que se incluyen en el Anexo 1 del presente Contrato y los inmuebles en donde se encuentran ubicados, los cuales se incluyen en el Anexo 2 del presente Contrato.”

[...]

Cláusula Tercera.- Entrega:

En la presente fecha el Arrendador ha hecho entrega real y material al Arrendatario de la Infraestructura Eléctrica, quien declara haberla recibido a satisfacción para operarla y mantenerla en el estado en que se encuentra.

Cláusula Cuarta.- Finalidad del Contrato y utilización de la Infraestructura Eléctrica:

4.1 El Arrendatario reconoce la naturaleza y estado de la Infraestructura Eléctrica que se le arrienda y se compromete a utilizarla para efectos de garantizar la continuidad de la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Tolima. Para tales efectos deberá dar cumplimiento a cualquiera y todas las normas que sean aplicables a la actividad de transmisión y distribución de energía eléctrica incluyendo, sin limitación, la regulación técnica vigente expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, así como la que expida en el futuro, y las normas ambientales aplicables de tiempo en tiempo y las buenas y correctas prácticas de manejo de la Infraestructura Eléctrica que sea adecuada o reconocida en la operación de sistemas similares.

4.2 Con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de energía en el Departamento del Tolima, el Arrendatario se obliga, por su propia cuenta, a operar, mantener, dar servicio y reparar la Infraestructura Eléctrica y todas las partes de la misma de conformidad con buenas prácticas de operación e ingeniería y, en todo caso, a efectuar cualquiera y todas las reparaciones de la Infraestructura Eléctrica que sean necesarias o apropiadas para tal fin. Para todos los efectos, se considerará que la propiedad de todas las reparaciones que efectúe el Arrendatario a la Infraestructura Eléctrica, serán de propiedad del Arrendador

[...]

Cláusula Séptima - Término de Duración:

El presente Contrato tendrá una duración de tres (3) años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. No obstante lo

¹²⁵ Folios 12 a 19 del Cuaderno 1

anterior, el presente Contrato podrá terminarse anticipadamente previo acuerdo por escrito de las partes contratantes.

Cláusula Octava.- Canon de arrendamiento:

El canon de arrendamiento de la Infraestructura Eléctrica de transmisión y distribución materia del presente Contrato se sujeta a las siguientes reglas:

8.1 El Arrendatario pagará al Arrendador durante la vigencia de este contrato una suma variable mensual que se calculará de la siguiente forma:

8.1.1 En primer lugar, se determinará el monto total de la facturación mensual a que tiene derecho el Arrendatario por concepto de las actividades de transporte a través del Sistema de Transmisión Regional (STR) y del Sistema de Distribución Local (SDL) (en adelante "la Facturación Total")

8.1.2 De la facturación Total se deducirán las siguientes cuatro (4) partidas:

(i) El costo mensual de administración, operación, seguros y mantenimiento en que hubiere incurrido el Arrendatario para ejecutar las actividades de transmisión regional y distribución local ("en adelante "el AOM real") incurrido en el mes respectivo,

(ii) El costo de las pérdidas de energía no reconocidas por la regulación vigente que ocurran en la zona de influencia de la Arrendataria, calculadas sobre los componentes G, T y D de la actual fórmula tarifaria o de aquella que los sustituya (en adelante "las Pérdidas no Reconocidas")

En ningún caso las Pérdidas totales el veinticinco por ciento (25%) eléctrica, razón por la cual serán de cargo exclusivo del Arrendatario todas la (sic) pérdidas que superen dicho límite.

(iii) Los pagos adicionales que deban efectuarse a otros operadores de red, por uso de sus sistemas, y/o por concepto de conexión al Sistema de Transmisión Nacional STN (en adelante "los pagos a los OR"), efectuados en el mes respectivo.

(iiii) El valor de las compensaciones DES y FES

Como consecuencia de lo anterior la fórmula de determinación del canon mensual de arredramiento es la siguiente:

Canon mensual = facturación Total factor D – (AOM + Pérdidas no reconocidas + Pagos a los OR + compensaciones DES y FES + seguros)

[...]

Cláusula novena.- Pago anticipado de cánones de arrendamiento:

9.1 Dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de celebración del presente Contrato el Arrendatario pagará al Arrendador o a su orden, a título de anticipo de los cánones de arrendamiento pactados la suma de treinta y siete mil millones de pesos (\$37.000.000.000) moneda corriente, que será utilizada por el Arrendador para atender las obligaciones a su cargo conforme a las previsiones legales.

9.2 La amortización del anticipo se efectuará mensualmente y sobre la totalidad del canon mensual causado.

[...]

Cláusula Décima Primera.- Primera opción de compra de la Infraestructura Eléctrica:

10.1 A partir del cuarto (4º) mes de ejecución del presente Contrato y hasta un instante antes de su terminación el Arrendatario tendrá una opción de compra en firme de la Infraestructura Eléctrica arrendada, gracias a lo cual tendrá la vocación de convertirse en propietario de la misma.

[...]»

153. Como se establece de su contenido, el contrato de 13 de agosto de 2003 celebrado entre ELECTROLIMA S.A E.S.P. en Liquidación y

ENERTOLIMA S.A E.S.P. comprende las siguientes obligaciones: i) el arrendador le concedió al arrendatario el uso y goce de la infraestructura de transmisión y distribución de energía eléctrica que hasta el momento había operado, ii) se estableció una fórmula para la fijación del precio del arriendo, pagadera por mensualidades vencidas, iii) el arrendador se comprometió a pagar al arrendatario la suma de \$37.000.000.000 a título de anticipo de los cánones de arrendamiento y, iv) se constituyó a favor del arrendatario de una opción de compra de la infraestructura eléctrica arrendada.

154. El 5 de junio de 2004, los representantes legales del ELECTROLIMA en Liquidación y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. – ENERTOLIMA S.A. E.S.P., celebraron el «*Otrosí No 1 que modifica y adiciona el contrato de arrendamiento celebrado entre la Electrificadora del Tolima S.A ESP en liquidación y la Compañía Eléctrica del TOLIMA S.A ESP*». Ello, en consideración a que «*en reuniones sostenidas entre las partes se acordó precisar las variables de ingreso y egreso que definen el cálculo del canon de arrendamiento de la cláusula octava del contrato y definir la fórmula y tasa de reconocimiento financiero en la amortización del anticipo realizado por el arrendatario. [...] el canon de arrendamiento corresponde a un valor que es originado después de aplicar una fórmula que parte de los ingresos de distribución y unas deducciones. [...] Se han presentado aclaraciones por parte del regulador con relación al cobro de cargos de distribución por parte de los OR en especial con el reconocimiento a los propietarios de activos de conexión, la prestación del servicio de alumbrado público y la aplicación de la segunda etapa de transición que trata la resolución CREG 032 de 2003. [...] debido a las aclaraciones mencionadas en el punto anterior se hace necesario involucrar los ajustes que tenga que realizar ENERTOLIMA a sus clientes en el contrato de arrendamiento*».

155. En lo que tiene que ver con el canon de arrendamiento, se determinó lo siguiente:

«**Cláusula Primera:** Modificar la Cláusula Octava -Canon de arrendamiento – que, en adelante quedará así:

Cláusula Octava. Canon de arrendamiento:

El canon de arrendamiento de la Infraestructura Eléctrica de Distribución, materia del presente Contrato se sujeta a las siguientes reglas:

8.1 El arrendatario pagará al Arrendador durante la vigencia del contrato una suma variable mensual que se calculará de la siguiente forma:

8.1.1 Se determinará el monto total de la facturación mensual a que tiene derecho el arrendatario por concepto de las actividades de transporte a través del Sistema de Transmisión Regional (STR) y el Sistema de Distribución Local (SDL), en adelante la Facturación Total.

La Facturación Total (variable de ingresos), se calcula a partir de las ventas en kWh por nivel de tensión de ENERTOLIMA S.A ESP, como distribuidor, según el sistema de clientes comerciales de Enertolima S.A ESP. Estas ventas el Kws. se multiplican por las tarifas aplicadas a los usuarios, correspondientes a los cargos D de las respectivas estructuras tarifarias.

A los ingresos se les deberá sumar la facturación de cargos por uso del sistema cobrado a otros comercializadores por parte de Enertolima S.A ESP, que atiendan demandada en el mercado del departamento de Tolima.

Estos cargos D están de conformidad con la resolución GREG (sic) 037 de 2003 y se actualizan según la metodología de la resolución CREG 082 de 2002.

8.1.2 De la facturación de (sic) deducirán las siguientes cuatro partidas:

(i) El costo mensual de administración, operación y mantenimiento que hubiese incurrido el arrendatario para ejecutar las actividades de transmisión regional y distribución local ("en adelante el AOM real), incurrido en el respectivo mes. La variable A (administración) será igual al 8.5% de los ingresos netos que trata el numeral 8.1.1 y el OM, incluirá todos los costos de Operación y Mantenimiento incurridos por el distribuidor que se encuentren contabilizados y respaldados con facturas.

(ii) Los costos de las pérdidas de energía no reconocidas por la regulación vigente. Las pérdidas de energía para efectos de este contrato se definen como el producto del balance de energía de ENERTOLIMA S.A ESP el cual resulta de la diferencia entre compras y ventas de energía que ocurran en la zona del Operador de Red. El costo de la energía pérdida será valorado con base en las compras totales de energía teniendo en cuenta los contratos y compras en bolsa, los pagos por uso del Sistema de Transmisión Nacional STN y los pagos realizados por administración del SIC y del CND. El valor a deducir no podrá ser superior a la diferencia entre el porcentaje de pérdidas reconocido por la regulación actual en la fórmula tarifaria para comercializadores y un tope máximo del 25%. El porcentaje de pérdidas no reconocidas se aplicará sobre el costo de la energía definida anteriormente.

(iii) Los pagos adicionales que deban efectuarse a otros operadores de red y a terceros, por uso de sus sistemas y/o por concepto de conexión al Sistema de Transmisión Nacional STN (en adelante los pagos de OR y terceros), efectuados en el mes respectivo. Estará conformado por las facturas recibidas por conexión al STN, STR Y SDL de otros operadores y terceros que hayan sido incluido su ingreso dentro del cargo por uso aprobado por el regulador a Enertolima S.A ESP. y cargos asignados al distribuidor por servicios de Liquidador y Administrador de Cuentas (LAC).

(iv) El valor de las compensaciones DES y FES, calculado trimestralmente, y realmente lo reconocido a los usuarios.

PARAGRAFO 1: Del valor resultante de acuerdo con la metodología anteriormente establecida se descontarán igualmente los valores que Enertolima S.A ESP cancele por los siguientes conceptos:

a) El valor de las sustituciones y/o mejoras autorizadas y reconocidas por Electrolima S.A ESP de conformidad con la cláusula quinta del contrato original;

b) Pago de impuestos relacionados con el contrato de arrendamiento que sean a cargo de ELECTROLIMA SA ESP de acuerdo con la legislación vigente y que sean cancelados por ENERTOLIMA.

c) Los demás pagos que expresamente autorice Electrolima S.A ESP

PARAGRAFO 2: En el evento en que la CREG aclare la aplicación de los cargos de Distribución que debe realizar ENERTOLIMA en calidad de Operador de Red a sus clientes finales y estas aclaraciones

impliquen ajustes retroactivos a LOS (sic) clientes, estos ajustes se tendrán en cuenta al momento de determinar el monto total de la facturación mensual que trata el numeral 8.1.1 del contrato de arrendamiento.

Cláusula Tercera: (sic) **modificar la cláusula novena – Pago anticipado de cánones de arrendamiento**, en su numeral 9.3, del contrato original que en adelante quedará así:

9.3 El arrendador, reconocerá como descuento financiero sobre el valor del anticipo, la misma tasa de interés que ENERTOLIMA S.A ESP cancela por el valor del crédito otorgado por la FEN para el desembolso del anticipo.

Cláusula Cuarta: Ampliar la cláusula Décima cuarta- Gastos e impuestos, del contrato original que en adelante quedará así:

El impuesto a las ventas lo factura Electrolima S.A ESP y el valor no retenido por Enertolima S.A ESP de acuerdo con la normatividad vigente, lo gira igualmente Enertolima a nombre de ELECTROLIMA SA ESP a la DIAN de acuerdo con los vencimientos.

El impuesto de Timbre es compartido por partes iguales. Enertolima S.A E.S.P lo cancela y carga el 50 % restante a Electrolima S.A ESP.

La retención en la fuente estará a cargo de Electrolima S.A ESP y será cancelada por ENERTOLIMA SA ESP constituyéndose en un menor valor del canon del arrendamiento para abonar el anticipo.

Los demás impuestos que se pudieren generar por ejecución del contrato serán cubiertos por partes iguales.

Cláusula Quinta.- La cláusula séptima del contrato quedará así:

El presente Contrato tendrá una duración de tres (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. No obstante lo anterior, el presente contrato podrá terminarse anticipadamente en los siguientes caso: i) Por acuerdo por escrito de las partes; ii) Si antes del vencimiento del plazo pactado, ELECTROLIMA SA ESP amortiza la totalidad del anticipo recibido y se produce la venta de los activos arrendados dentro del proceso liquidatorio; (sic) En este caso, ELECTROLIMA SA ESP está facultada para dar por terminado de manera unilateral el presente contrato sin que haya lugar a ningún tipo de reclamación y/o indemnización por esta causa.

[...]

Cláusula Octava: El presente acuerdo deberá aplicarse de forma retroactiva partir (sic) del inicio de la ejecución del contrato. (excepto la cláusula quinta). Las partes se comprometen a realizar los respectivos ajustes a los cánones facturados a la fecha, e incluirlos en la siguiente factura. [...]»¹²⁶.

156. De la anterior transcripción, la Sala establece que mediante el otrosí No. 1 del contrato de arrendamiento del 13 de agosto de 2003, se varió el acuerdo original principalmente en lo que tiene que ver con la forma de calcular el canon de arrendamiento que, aunque mantuvo su valor en una suma mensual variable, las partes consideraron necesario incluir en ella nuevos conceptos no previstos inicialmente, como la fórmula y tasa de reconocimiento financiero en la amortización del anticipo, las variables de ingreso y egreso que lo definían y las aclaraciones que el ente regulador

¹²⁶ Folios 44 - 48 del cuaderno 1.

había realizado en relación al cobro de cargos de distribución por parte de otros operadores de red (OR).

157. El 8 de noviembre de 2004, el Liquidador de ELECTROLIMA y el gerente de ENERTOLIMA celebraron el «*OTROSÍ No 2 QUE MODIFICA Y ADICIONA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CELEBRADO ENTRE ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A ESP EN LIQUIDACIÓN Y COMPAÑÍA ENERGÉTICA DEL TOLIMA S.A ESP, [...]*» en consideración a que «*la estructura de remuneración acordada en el contrato de arrendamiento debe reflejar las realidades financieras intrínsecas al negocio de distribución y comercialización de energía del departamento del Tolima, las cuales dependen fundamentalmente de la gestión que Electrolima en Liquidación realizó hasta el 12 de agosto de 2003. [...] en el curso de la ejecución del contrato se ha revelado un desequilibrio económico que afecta la capacidad de pago del arriendo a cargo de Enertolima. [...] algunas de las variables de gestión del negocio de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Tolima no fueron consideradas en la estructuración de la fórmula de remuneración del arrendamiento, por lo que es preciso adoptar las medidas para reflejar dichas variables adecuadamente. [...] Enertolima, mientras no concluya exitosamente su proceso de vinculación de capital, no cuenta con el capital suficiente ni con la capacidad de endeudamiento para acometer las inversiones que se necesitan para mejorar sus indicadores de gestión. [...] Las partes de común acuerdo deciden la suscripción del presente OTROSI No. 2 para adecuar el contrato a las necesidades de las dos empresas y para garantizar la continuidad en la prestación del servicio*». El contenido de la modificación, es el siguiente:

«**CLÁUSULA SEGUNDA:** Modificar la Cláusula Séptima – Término de duración – la cual quedará así:

Cláusula Séptima.- Término de duración.

El presente contrato tendrá un término de duración indefinido contado a partir de la fecha de suscripción. [...]

«**CLÁUSULA TERCERA:** Modificar la Cláusula Octava -Canon de arrendamiento – la cual quedará así:

Cláusula Octava.- Canon de arrendamiento:

El canon de arrendamiento de la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión, materia del presente Contrato, que el Arrendatario pagará al Arrendador durante su vigencia es una suma variable mensual que se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula general y en cuya estimación se aplicarán las reglas que a continuación se establecen:

Canon mensual = [Ingreso Neto por Distribución (D) x Porcentaje de Recaudo] – (Costos OM + Costos A + Costos de Pérdidas de

Energía No Reconocidas + Cargos OR + Compensaciones DES y FES + Seguros).

8.1 Para definir el Ingreso Neto por Distribución (D) se parte del total de los ingresos facturados por Enertolima a sus clientes por concepto de transporte de energía a través del Sistema de Transmisión Regional (STR) y el Sistema de Distribución Local (SDL), calculado con base en las ventas en kWh en cada nivel de tensión, la cuales se multiplican por los respectivos cargos de distribución, aprobados para el sistema que opera Enertolima y aplica en sus tarifas. A estos ingresos ese les suma la facturación de cargos por uso del sistema de distribución local cobrados por Enertolima a otros comercializadoras que atiendan a clientes ubicados en el mercado del departamento del Tolima, conformando así los Ingresos Brutos de Distribución.

A los Ingresos Brutos de Distribución, una vez se le descuenta el costo de la remuneración, de los activos de terceros reconocidos por Electrolima en Liquidación, se le denomina Ingresos Netos de Distribución (D)

Los ingresos Netos de Distribución (D) que resulten, se multiplicarán por el porcentaje de recaudo. El porcentaje de recaudo será el mayor valor que resulta entre evaluar el porcentaje de recaudo real del mes y un factor variable que tiene un valor piso del 90% para el mes de agosto de 2003 y que se incrementa en 0,5% cada mes hasta llegar al 95%.

El porcentaje de recaudo real del mes es igual al total de los ingresos recibidos en caja por concepto de facturación corriente de venta de energía y recaudo de cartera por venta de energía de Enertolima, dividido entre la facturación por venta de energía del mes respectivo. El valor máximo del porcentaje de recaudo real que se reconocerá en el cálculo del canon de arrendamiento es del 105%.

Los cargos de distribución para cada nivel de tensión se calculan conforme a la metodología establecida en la resolución CREG 082-02 y los cargos aprobados al Operador de Red de conformidad con lo establecido en la resolución GREG 037-03.

8.2. Del ingreso Neto por Distribución (D) se deducirán las siguientes seis (6) partidas:

8.2.1. Costos OM: El costo mensual de Operación y Mantenimiento. Como costos de Operación y Mantenimiento, se deducirán todos los costos en que hubiese incurrido el Arrendatario (Enertolima) para ejecutar las actividades de transmisión regional y distribución local (en adelante el OM real) a través de sus contratistas en cada mes. Todos los costos de Operación y Mantenimiento que se deduzcan deben estar debidamente contabilizados y respaldados con facturas aceptadas.

8.2.2. Costos A: El costo mensual de la Administración será igual al 8.5% del Ingreso Neto por Distribución (D).

8.2.3. Costo de Pérdidas de Energía No Reconocidas. El Costo de Pérdidas de Energía No Reconocidas es equivalente a la multiplicación del porcentaje de Pérdidas no Reconocidas (%PerNoRec) por el costo de compras de energía y cargos asociados.

Para efectos de este contrato, el porcentaje de Pérdidas de Energía No Reconocidas (%PerNoRec), se define como la diferencia entre el porcentaje de Pérdidas Reales (%PerReal) de Enertolima (fracción resultante de la diferencia entre compras y ventas de energía de Enertolima en cada mes con base en las compras de energía) menos el porcentaje de Pérdidas de Energía Reconocida (%PerRec) para el nivel de tensión 1, definido por la regulación, conforme a la formula tarifaria aplicable para el mercado regulado.

$$\%PerNoRec = \%PerReal - \%PerRec, \text{ donde:}$$

$$\%Per Real = \frac{(compras - ventas)}{Compras}$$

Para efectos de este contrato, el porcentaje de Pérdidas Reales tendrá un tope del 32% aplicable a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2003, reduciéndose a partir del mes de diciembre de 2003 en un 0,5% cada mes, hasta llegar al 25%, el cual aplicará de allí en adelante durante la ejecución del presente contrato.

El costo de compras de energía y cargos asociados incluye las compras de energía por contratos y en bolsa, más los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional STN y los pagos realizados por la administración del SIC y del CND, para cada mes.

8.2.4. Cargos OR: Corresponde a todas las obligaciones netas de pago (costos menos ingresos, que no estén incluidos en el numeral 8.1 del presente Otrosí), que deban efectuarse a otros operadores de red y a terceros, por uso de sus sistemas y/o por concepto de conexión al Sistema de Transmisión Nacional STN efectuados en el mes respectivo.

En ningún caso se aceptarán como costos deducibles las restricciones debido a que éstas las recauda Enertolima vía tarifa.

8.2.5. Compensaciones DES y FES: Corresponde al valor de las compensaciones DES y FES realmente reconocido por Enertolima a sus clientes por la prestación del servicio hasta el 31 de marzo de 2004. A partir de esta fecha, Enertolima asume directa y plenamente estos costos.

8.2.6. Seguros: Corresponde al valor de las primas de las pólizas de seguros que amparen la infraestructura eléctrica arrendada contra todo riesgo, las cuales serán tomadas y canceladas por Enertolima asignando a Electrolima en Liquidación como beneficiario.

8.3 El canon de arrendamiento, una vez agotado el anticipo, se pagará por mensualidades vencidas y dentro de los primero diez (10) días calendario del mes inmediatamente siguiente y se depositará en las cuentas corrientes que designe el Arrendador. En caso de mora en el pago de cualquier canon, el Arrendatario pagará al Arrendador intereses moratorios sobre los montos impagados calculados a la máxima tasa autorizada por las leyes colombianas.

8.4. El Arrendador tendrá pleno, completo y permanente acceso a toda la información y documentación técnica, legal y contable que sirva de base para la determinación de los cánones de arrendamiento.

8.5. El Arrendador tiene la opción de aportar de manera directa del inventario que tiene disponible en sus bodegas, los elementos o activos que se requieran para sustituciones en el sistema de distribución que opera el Arrendatario

PARAGRAFO 1: En el evento en que la CREG aclare la aplicación de los cargos de Distribución que debe realizar Enertolima en calidad de Operador de Red a sus clientes finales y estas aclaraciones impliquen ajustes retroactivos a los clientes, estos ajustes se tendrán en cuenta al momento de determinar el monto total de la facturación mensual que trata el numeral 8.1.

CLÁUSULA CUARTA: Modificar el numeral 9.3 de la Cláusula Novena – Pago anticipado de cánones de arrendamiento – la cual quedará así:
9.3 El Arrendador aceptará como reconocimiento financiero sobre el valor del anticipo, la misma tasa de interés efectiva que Enertolima

cancela por el valor del crédito otorgado por la FEN para el desembolso del anticipo.

CLÁUSULA QUINTA. Las partes convienen que las siguientes partidas, que no hacen parte de la naturaleza del canon y que corresponden a gastos asumidos por Enertolima, por cuenta o autorización de Electrolima en Liquidación, por conceptos no relacionados con el arrendamiento, se registrarán como incrementos al saldo del anticipo del canon:

5.1. El valor de las sustituciones y/o mejoras autorizadas y/o reconocidas por Electrolima en Liquidación.

5.2. El pago de impuestos de industria y comercio asociado con la facturación del D y los que resulten de la ejecución del contrato y que no sean reconocidos por la fórmula tarifaria.

5.3. El pago de impuestos relacionados con el contrato de arrendamiento que sean a cargo de Electrolima en Liquidación de acuerdo con la legislación vigente y que sean cancelados por Enertolima.

5.4. El pago de la retención en la fuente que se encuentra a cargo de Electrolima en Liquidación.

5.5. Los demás pagos que expresamente acuerden las partes

CLÁUSULA SEXTA. Este Otrosí se aplicará retroactivamente desde el 13 de agosto de 2003 y las partes acuerdan revisar y ajustar los cánones mensuales facturados a la fecha.
[...]»¹²⁷.

158. La nueva modificación y adición al contrato de arrendamiento, acordada el 8 de noviembre de 2004 mediante el otrosí No 2, estableció que el contrato se celebró como una estrategia temporal mientras el proceso de vinculación de capital a Enertolima se surtía y así, ésta pudiera adquirir la infraestructura eléctrica de Electrolima en Liquidación, sin dejar de prestar el servicio de energía eléctrica en el Departamento del Tolima. Lo anterior, en concordancia con lo determinado en la cláusula primera del contrato inicial de arrendamiento suscrito el 13 de agosto de 2003, donde se consagró de forma expresa que ese acuerdo fue constituido como una fórmula transitoria para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica.

159. La modificación obedeció a la necesidad de adecuar el pacto original a la realidad contractual, según se desprende del contenido del oficio de 19 de julio de 2004¹²⁸, suscrito por el Liquidador de ELECTROLIMA y dirigido a la Directora Técnica de Entidades Intervenidas y en Liquidación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio del cual se

¹²⁷ Folios 49 - 55 del cuaderno 1.

¹²⁸ Folios 33 a 36 del cuaderno 3, Parte I pruebas de la parte demandante.

puso en consideración de ese ente la modificación del contrato original. En esa oportunidad, se explicó que el acuerdo era el resultado de un ejercicio teórico *«y su ejecución ha evidenciado la necesidad de cambios que lo adecúen a la realidad de la prestación del servicio, a la regulación y a las necesidades de las dos empresa contratantes. En este sentido se han desarrollado gran cantidad de reuniones con presencia de los representantes legales, de las gerencias técnica y comercial de Enertolima y de los interventores que actúan a nombre de Electrolima, [...] Estas reuniones de ajustes determinaron la necesidad de legalizar los acuerdos a los que llegaron las partes, los cuales se plasmaron en el otrosí referido.»*

160. Lo anterior también quedó contenido en las Actas números 20 y 21 del 21 de septiembre y 5 de octubre de 2004, respectivamente, de la Junta Directiva de la Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P.¹²⁹, donde aparece consignado que durante la ejecución del contrato y luego haber suscrito la modificación No. 1, las partes nuevamente se vieron en la necesidad de revisar la fórmula para calcular el valor del canon de arrendamiento.

161. La necesidad de modificación del contrato inicial también quedó plasmada en el acta de reunión de 10 de diciembre de 2004 celebrada entre las partes, oportunidad en la que se evidenciaron cuentas pendientes por descontar de ese canon por concepto de compras de materiales, operación de mantenimiento de redes, pérdidas no reconocidas y otros gastos no previstos inicialmente.¹³⁰ Ello también quedó plasmado en la motivación del Otrosí No. 2, cuando se indicó que esa remuneración debía estar estructurada de acuerdo con las realidades financieras que son de la esencia del negocio de distribuir y comercializar energía eléctrica.

162. De lo anterior, se deduce que la fórmula de pago debía corresponder a las realidades financieras y necesidades de las empresas sin que se arriesgara la capitalización de ENERTOLIMA y la maximización del precio de los activos y pago de los pasivos de la liquidada. También es posible inferir que si no se efectuaban las modificaciones del acuerdo inicial conforme a la situación evidenciada en su ejecución no habría manera de cumplir con el objetivo del contrato que, como se enunció anteriormente, consistió en garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento

¹²⁹ Folios 630 a 645 del Tomo 01 del Paquete 2 del expediente.

¹³⁰ Folios 115 a 119 del cuaderno 3, Parte I pruebas de la parte demandante.

y en la adquisición de la infraestructura eléctrica de ELECTROLIMA en Liquidación, por parte de ENERTOLIMA.

163. La falta de atención de las variables y de claridad en las fórmulas estructuradas para definir el canon de arrendamiento en el contrato original y en el otrosí No 1, permitieron a las partes argumentar la existencia de un desequilibrio económico que afectaba la capacidad del pago del arrendamiento a cargo de ENERTOLIMA. Con fundamento en ello, se suscribió el otrosí No. 2 con el que se pretendió establecer mejores condiciones en la manera de fijar el canon de arrendamiento, de modo que contribuyera a la sostenibilidad y estabilidad financieras tanto de ELECTROLIMA en Liquidación como de ENERTOLIMA.

164. Pese a que las partes ajustaron la fórmula para determinar el nuevo canon de arrendamiento, de modo que se alcanzara el objetivo del contrato, ello no se logró, de manera que el 1° de julio de 2005 el Liquidador de ELECTROLIMA y el gerente de ENERTOLIMA, celebraron un nuevo acuerdo que está detallado en el «OTROSÍ No 3 AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CELEBRADO ENTRE LA ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A ESP EN LIQUIDACIÓN Y LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DEL TOLIMA S.A. ESP [...] contenido en las siguientes cláusulas, las cuales se aplicarán a partir de la fecha de suscripción», por medio del cual se varió el acuerdo inicial, de modo que reflejara la realidad contractual y que se incluyeran variables no se tuvieron en cuenta inicialmente, esto es, los gastos que había asumido ENERTOLIMA, tales como pago de impuestos, reposición de repuestos y reparaciones que no fueron contempladas anteriormente.

165. En lo que se refiere al canon de arrendamiento, se acordó lo siguiente:

«[...]

«**CLÁUSULA SEGUNDA:** Modificar la Cláusula Octava – Canon de arrendamiento- la cual quedará así:

Cláusula Octava. Canon de arrendamiento:

El canon de arrendamiento de la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión, materia del presente Contrato, que el Arrendatario pagará al Arrendador a partir de la fecha de suscripción del presente Otrosí 3 es la suma de Un mil seiscientos millones de pesos (\$1.6000.000.000.) mensuales. A partir del primero de julio de 2006 el canon se reajustará con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior e igual procedimiento se seguirá aplicando a partir del 1° de julio de cada año mientras esté vigente el presente Contrato.

Una vez que al anticipo mencionado en la cláusula novena se le descuenta la amortización del canon de arrendamiento de los meses de julio, agosto y septiembre de 2005, el Arrendatario pagará al Arrendador el canon de los meses siguientes el día quince (15) de cada mes o el siguiente día hábil cuando éste sea un día no laboral, mediante depósito en las cuentas que para el efecto designe el Arrendador. El saldo pendiente por amortizar del anticipo se seguirá agotando solamente a través de descuentos o pagos deservicios expresamente aprobados por el Arrendador, diferentes al canon de arrendamiento, como por ejemplo, servicios de vigilancia, pago de impuestos, etc.

En caso de mora en el pago de cualquier canon, el Arrendatario pagará al Arrendador intereses moratorios sobre los montos impagados calculados a la máxima tasa autorizada por las leyes colombianas.

CLÁUSULA CUARTA: Modificar la quinta del Otrosí No.2, la cual quedará así:

Cláusula quinta: Las partes convienen que las siguientes partidas, que no hacen parte de la naturaleza del canon y que corresponden a gastos asumidos por Enertolima por cuenta o autorización de Electrolima en Liquidación, se registrarán a partir de la suscripción del presente otrosí como disminución del saldo del anticipo:

1. El pago de impuestos de timbre y demás impuestos relacionados con el contrato de arrendamiento que sean a cargo de Electrolima en Liquidación de acuerdo con la legislación vigente y que sean cancelados por Enertolima.
2. El pago de la retención en la fuente que se encuentra a cargo de Electrolima en Liquidación.
3. Los gastos administrativos tales como vigilancia, servicios públicos y demás gastos o pagos que Electrolima en Liquidación haya solicitado o solicite expresamente a Enertolima.
4. Otros que sean pactados entre las partes.

Parágrafo: En caso de eventos en los que la necesidad de un bien sea inmediata para restablecer la presentación del servicio, tales como, atentados terroristas, fallas del sistema o actos de la naturaleza y los cuales no son imputables al mantenimiento rutinario de la infraestructura, serán descontados del canon fijo previa discusión y aprobación de las partes.

[...]»¹³¹.

166. Del contenido de las cláusulas transcritas, la Sala establece que con la nueva modificación, las partes acordaron como canon de arrendamiento la suma fija de \$1.600.000.000 mensuales, a partir de la fecha de suscripción, esto es el 1° de julio de 2005, monto que se reajustaría al año siguiente, es decir, desde el 1° de julio de 2006 con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. También se acordó que igual procedimiento se seguiría aplicando a partir del 1° de julio de cada año mientras estuviera vigente el referido contrato.

¹³¹ Folios 56 - 60 del cuaderno 1.

167. La Sala deduce que las modificaciones que se realizaron al acuerdo inicial obedecieron a la necesidad de adecuarlo a las situaciones que se presentaron dentro de su ejecución y con el propósito de alcanzar el objetivo para el que fue creada ENERTOLIMA, como se expone a continuación.

168. Según el Documento Conpes 3234 de 11 de agosto de 2003¹³², la crisis financiera de ELECTROLIMA S.A E.S.P. había *«conllevado a poner en alto riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Departamento del Tolima. En aras de garantizar la prestación del servicio en la zona actualmente atendida por ELECTROLIMA, se constituyó recientemente una nueva empresa de servicios públicos domiciliarios denominada COMPAÑIA ENERGETICA del TOLIMA S.A. ESP (ENERTOLIMA S.A. ESP), tal y como aparece indicado en la Escritura Pública N° 2189 de agosto 11 del 2003 otorgada en la Notaría 56 del Círculo de Bogotá, cuyo objeto social es la distribución y comercialización de energía eléctrica en el territorio nacional»*¹³³

169. En efecto, dada la liquidación obligatoria de la antigua electrificadora, resulto necesaria la constitución ENERTOLIMA S.A. E.S.P., cuyos socios iniciales, como se indicó en consideración anterior, fueron las siguientes entidades: Financiera Energética Nacional - FEN, Centrales Eléctricas de Nariño – CEDENAR S.A E.SP., FINDETER, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE y la Empresa de Energía de Cundinamarca¹³⁴, con el propósito de mantener la continua y adecuada prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Tolima¹³⁵.

170. La Sala observa que la anterior operación hizo parte de los procesos de vinculación de capital, gestión, venta y reestructuración de empresas del sector energético de propiedad de la Nación, con asistencia técnica y consultoría de la Unión Temporal MVG-PP&C, empresa que fue contratada mediante Convenio Interadministrativo de Asistencia Técnica – Nación MHC - FEN de 30 de diciembre de 2002, celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Financiera Energética Nacional S.A – FEN¹³⁶ con ese propósito.

¹³² <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3234.pdf>

¹³³ Los accionistas de la citada empresa son: FEN, FINDETER, FONADE, Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., y Centrales Eléctricas de Nariño S.A. E.S.P.

¹³⁴ Documento Conpes 3234 de 11 de agosto de 2003 y <https://www.dane.gov.co/files/icer/2003/tolima/t2.pdf>

¹³⁵ Folio. 1489 del cuaderno 3 del paquete 6

¹³⁶ Folios 8 - 18 del cuaderno 3.

171. Con fundamento en el anterior trabajo, se dispuso por parte del Gobierno Nacional la transferencia de la infraestructura eléctrica de propiedad de ELECTROLIMA S.A E.S.P. y la creación, capitalización y posterior venta de ENERTOLIMA S.A. E.S.P.

172. Por su parte, la Superintendente de Servicios Públicos de la época, quien tomó la decisión de liquidar ELECTROLIMA, afirmó que «La creación de *Enertolima fue adelantada por la Nación por directiva CONPES para garantizar la continuidad del servicio de electricidad en el Departamento en virtud del mandato Constitucional y legal como ya se dijo, y lo segundo que el proceso de capitalización y compra del activo de propiedad del Electrolima y prenda de los acreedores fue un proceso muy exitoso en tanto la subasta termino (sic) con un precio final que excedió en más de \$53.000 Millones de pesos, el precio base establecido en la resolución de valoración del inventario de Electrolima*»¹³⁷

173. En efecto, la Sala observa que ENERTOLIMA fue vendida mediante el sistema de subasta en una audiencia pública que se realizó el 4 de mayo de 2006, de manera que el 99.9% de los activos de la empresa «*fue adquirida por el Consorcio Empresa de Energía del Combeima, sociedad que pagó como precio final 251.637 millones de pesos.*»¹³⁸

174. De lo expuesto, es posible deducir que la reestructuración financiera que se hizo a ELECTROLIMA en Liquidación se realizó para dar lugar a la nueva empresa ENERTOLIMA S.A E.S.P. de manera que fuera viable y sólida, cuyos socios al momento de su constitución tenían la calidad de públicos. Así, en la trasferencia de la infraestructura eléctrica de la primera a la segunda es posible descartar algún detrimento al patrimonio público porque para esa época la empresa liquidada y la constituida estuvieron conformadas únicamente por entidades públicas. Sobre este aspecto, se recuerda que conforme lo determinó el Consejo de Estado, Sección Primera, en auto de 16 de febrero de 2012¹³⁹: «*En últimas se verifica una transferencia de recursos entre entidades públicas, que en modo alguno, afecta la intangibilidad del patrimonio público.*»

¹³⁷ Folios 408 a 418.

¹³⁸ Informe final de gestión y resultado Compañía Energética del Tolima S.A E.S.P Año 2005 – paquete 5 - folio 1054 vuelto.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 2004-790-01 (acumulado), C.P. María Claudia Rojas Lasso.

175. En resumen, ante la liquidación forzosa de ELECTROLIMA resultó necesaria la creación de una nueva empresa que garantizara la prestación del servicio a su cargo y la celebración del contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003 y sus otrosíes modificatorios para garantizar el propósito para el cual fue creada. Según lo probado en el proceso ese objetivo se cumplió porque no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de energía en el departamento del Tolima y se concretó la venta de ENERTOLIMA de manera favorable.

176. En este caso, la Sala puede inferir que los activos de la primera empresa pública lograron posicionar a la segunda, permitiendo su posterior venta en mejores condiciones económicas. En estos términos, la sola suscripción de los otrosíes Nos. 2 y 3 al contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003, celebrado entre ELECTROLIMA S.A E.S.P. en Liquidación y ENERTOLIMA S.A E.S.P sobre la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión de la primera a la segunda, resultan insuficientes para concluir, como se hizo en la sentencia de primera instancia y como lo adujo el actor popular, que comportaron un detrimento al patrimonio público.

177. El material probatorio allegado a la actuación tampoco arroja certeza sobre lo aducido en la demanda, esto es, que el negocio se celebró con el propósito de beneficiar a ENERTOLIMA en detrimento de ELECTROLIMA, menos aún que los servidores que ejercieron la función pública de contratación, hubieren actuado en abierto desconocimiento de parámetros éticos y morales con ánimo subjetivo, torticero y malicioso.

178. En resumen, analizada la actuación contractual sometida a consideración, esto es la suscripción del contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003 y sus Otrosíes Nos. 1, 2 y 3 sobre la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión de propiedad de ELECTROLIMA, la Sala no evidencia la vulneración de las garantías colectivas a la moralidad administrativa o el patrimonio público, alegadas en la demanda, toda vez que los activos de ELECTROLIMA lograron posicionar a ENERTOLIMA, lo que a su vez facilitó su posterior venta en mejores condiciones económicas.

179. Conforme se precisó en las sentencias reseñadas en esta providencia, para la protección de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, era necesario que se hubiere demostrado la existencia de una conducta por parte del liquidador de ELECTROLIMA y el

gerente de ENERTOLIMA contraria a los postulados de eficiencia y transparencia; sin embargo, lo que se acreditó es que el contrato de arrendamiento referido y sus otrosíes se emplearon como herramienta dentro del proceso de liquidación de la primera y la constitución y capitalización de la segunda, de modo que se garantizara la prestación del servicio público de energía eléctrica en el departamento del Tolima y se obtuviera el máximo valor de los activos de ELECTROLIMA, cuya liquidación se ordenó por causales legales.

180. En conclusión, la Sala Especial de Decisión, reitera los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado señalados en consideraciones anteriores, en el sentido de señalar que en ejercicio de la actividad contractual es posible que se configure la amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos, evento en el cual el juez popular puede adoptar las medidas necesarias que considere para hacer cesar la amenaza o vulneración de tales derechos colectivos sin que tenga la facultad de declarar su nulidad, pues esa competencia le corresponde al juez contencioso en el marco de las acciones ordinarias previstas en la ley.

181. Además, en los términos de la jurisprudencia unificada¹⁴⁰, para que se configure la trasgresión de la moralidad administrativa *«desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública»*, evento que no se mostró en el asunto revisado.

182. Por las razones expuestas, la Sala decidirá en el sentido de revocar de manera parcial la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 30 de agosto de 2011 en cuanto declaró probada la excepción de improcedencia de la acción. La confirmará en cuanto negó las pretensiones de la demanda pero por las razones indicadas en esta providencia, esto es, porque analizada la actuación desplegada por las demandadas no se evidenció la transgresión a las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, invocadas en la demanda.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, radicación nro. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), C.P. William Hernández Gómez.

3. Impedimento

183. A través de manifestación escrita de fecha 13 de diciembre de 2021, el Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque, quien hace parte de la Sala Diez Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo de esta corporación, puso de presente su impedimento en el presente proceso porque desde 1998 y hasta el 2003, fue jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios e intervino en la elaboración de los actos administrativos de toma de posesión de la Electrificadora del Tolima S.A E.S.P. y la designación del agente especial de la época, decisiones administrativas que incidieron en el proceso de intervención y liquidación de esa empresa.

184. En efecto, el artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé como causales de impedimento, entre otras, la que precisamente ha invocado el señor Magistrado Guillermo Sánchez Luque. La norma establece lo siguiente:

«**Artículo 130. Causales.** Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil¹⁴¹ y, además, en los siguientes eventos:

1. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.

[...].»

185. Teniendo en cuenta que el doctor Guillermo Sánchez Luque intervino en la elaboración de los actos administrativos de toma de posesión de la Electrificadora del Tolima S.A E.S.P. y en la designación del agente especial de la época, en su calidad de jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios entre los años 1998 y 2003, la Sala Especial encuentra configurada la causal de impedimento antes descrita. Por lo tanto, procederá a su aceptación en la presente providencia, de conformidad con lo establecido en el numeral 3¹⁴² del artículo

¹⁴¹ Entiéndase artículo 141 del C.G.P

¹⁴² «3. Cuando en un Magistrado concorra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno

131¹⁴³ del CPACA, en armonía con lo establecido en el numeral 1° del artículo 130 de la misma codificación, según el cual los magistrados y jueces deben declararse impedidos cuando «*hubieren participado en la [...] la formación o [...] la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.*».

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Diez Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor Guillermo Sánchez Luque para conocer del presente proceso, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Estése a lo dispuesto por esta Sala en la sentencia de 4 de octubre de 2021, dictada dentro del expediente radicado con el número 52001-33-31-008-2008-00304-01 (AP) expedida por esta Sala Especial de Decisión, a través de la cual se unificó el criterio sobre que el juez no tiene la facultad de anular los contratos administrativos que considere causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez podrá adoptar las medidas materiales que los garanticen; para el efecto, tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto.

TERCERO: Estése a lo dispuesto por esta Corporación en las sentencias de unificación 1° de diciembre de 2015¹⁴⁴, 5 de junio de 2018¹⁴⁵ y 4 de marzo de 2019¹⁴⁶, a través de las cuales se unificó el criterio sobre el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará. Cuando se afecte el quórum decisorio, se integrará la nueva sala con los magistrados que integren otras subsecciones o secciones de conformidad con el reglamento interno.»

¹⁴³ Modificado por el artículo 21 de la Ley 2080 de 2021, por la cual se reforma el CPACA.

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 15001-33-31-001-2004-01647-01.

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 04.03.19., M.O. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 05001-33-31-2010-00032-01.

CUARTO: Se unifica la jurisprudencia respecto al concepto de patrimonio público y se reitera el alcance del derecho colectivo a su defensa, en los siguientes términos:

El patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente.

La garantía colectiva a la defensa del patrimonio público propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento.

QUINTO: Se advierte a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación, constituyen precedente y tendrán aplicación en las decisiones judiciales que se profieran a partir de la fecha.

SEXTO: Se revoca parcialmente la sentencia del 30 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto declaró probada la excepción de improcedencia de la acción, conforme con las consideraciones expuestas.

SÉPTIMO: Se confirma la sentencia del 30 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto negó las pretensiones de la demanda pero por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrada

Firmado electrónicamente
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada

Firmado electrónicamente
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ A.
Magistrada

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Con impedimento

Firmado electrónicamente
PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado
Aclara voto