

Bogotá, Junio 1 de 2020

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

Atn. MP Guillermo Alfonso Sánchez Luque

REFERENCIA: RADICACIÓN 11001-03-15-000-2020-01891-00

ASUNTO: INTERVENCIÓN CIUDADANA

Honorables Magistrados:

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA, ciudadano en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, atendiendo a la invitación formulada por ese Despacho a la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario mediante auto del 18 de mayo de 2020, concurro ante ustedes dentro del término previsto para el efecto para intervenir en el trámite de control inmediato de legalidad de la Resolución No. SSPD - 20201000010485 del 07/04/2020 “Por la cual se establece un plazo para la presentación del informe de Auditoría Externa de Gestión y Resultados - AEGR a 31 de diciembre de 2019”, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por medio del acto administrativo sometido a control, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios modificó el artículo 1º de la Resolución SSPD 20191000010005 de 2019, en el sentido de ampliar el plazo para la entrega del informe de Auditoría Externa de Gestión y Resultados a través del Sistema Único de Información correspondiente a la vigencia de 2019, del 31 de mayo al 21 de agosto de 2020.

En la motivación del acto se señala que su expedición se funda en las competencias que le confiere al respecto la Ley 142 de 1994 a esa entidad y teniendo en cuenta que, con fundamento en la declaración de la emergencia sanitaria y el estado de emergencia por causa de la pandemia originada por el Covid-19, en el Decreto 434 de 2020 el Gobierno Nacional estableció que las

reuniones ordinarias de asamblea correspondientes al ejercicio del año 2019 que trata artículo 422 Código de Comercio, en las cuales se presentan y aprueban los estados financieros del último ejercicio, podrían efectuarse hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria, por lo cual se hace necesario establecer una fecha máxima posterior a la aprobación de estados financieros para la entrega de los informes de AEGR correspondiente a la vigencia 2019, que permita a los auditores externos de gestión y resultados contar con la información financiera suficiente para la elaboración de sus informes, garantizando de dicha forma el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2 de la Resolución 20061300012295 del 18 de abril de 2006.

Para efectos de la rendición del concepto solicitado, se analizarán para este caso los presupuestos de procedencia del control inmediato de legalidad y se constatará si existe prejudicialidad frente al control de constitucionalidad del decreto legislativo en que se funda el acto bajo revisión; en el evento en que se considere que el Consejo de Estado es competente, se efectuará un examen integral de la Resolución No. SSPD - 20201000010485 del 07/04/2020.

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Sea lo primero señalar que la resolución sometida a este medio de control cumple con los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, en la medida en que se trata de un acto de contenido general, pues sus destinatarios son todos los auditores externos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se encuentran cobijadas por el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, que el acto fue dictado en ejercicio de la función administrativa, en tanto en cuanto su expedición corresponde al ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control que la Ley 142 de 1994 le confiere a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y el acto tiene como fin el desarrollar un decreto dictado dentro de un estado de excepción, en la medida en que se fundamenta en lo previsto en el artículo 5 del Decreto 434 de 2020, que es un decreto legislativo expedido al amparo del Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

AUSENCIA DE PREJUDICIALIDAD

Aunque la Corte Constitucional ya declaró la constitucionalidad del Decreto 417 de 2020, por el cual se declaró el estado de emergencia, con base en el que se profirió el Decreto 434 de 2020, que es la medida legislativa de excepción en que se fundamenta la resolución bajo revisión oficiosa, a la fecha la Corte aún no se ha pronunciado sobre la exequibilidad del decreto últimamente referenciado, lo que, dada la autonomía del control inmediato de legalidad, no impide que el Consejo de Estado realice su revisión antes de que aquella emita su pronunciamiento, sin perjuicio, por supuesto, de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad en el momento en el cual se profiera, de manera que para el análisis de la resolución bajo examen esta situación no supone la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que bajo el radicado de la referencia adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado inexecutable el Decreto 434 de 2020 o al menos su artículo 5, que es el desarrollado por el acto administrativo, esa decisión haga que la resolución examinada, de llegar a ser declarada ajustada a derecho, pierda fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 91-2 del CPACA.

ANÁLISIS INTEGRAL DE LA RESOLUCIÓN BAJO REVISIÓN

En la medida en que en el ejercicio de este medio de control los actos enjuiciados deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico, la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que se trate de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, por lo cual a continuación se hará referencia a cada uno de esos aspectos.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la competencia legal para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (artículo 79 de la Ley 142 de 1994), para cuyo efecto se basa, entre otros, en los informes de

auditoría externa de gestión y resultados, que los prestadores están obligados a contratar con personas privadas especializadas (artículo 51 de la Ley 142 de 1994), de manera que, para concretar el ejercicio de su función, señala la fecha límite en la cual deben ser reportados tales informes a través del Sistema Único de Información.

En el caso presente, en ejercicio de esa competencia y con fundamento en el Decreto Legislativo 434 de 2020, cuya conexidad se revisará en el siguiente apartado, se amplió por una sola vez y frente a la vigencia de 2020 esa fecha, por medio de un acto administrativo de carácter general, contenido en una resolución proferida por la Superintendente y publicada en el Diario Oficial No. 51.280 de 7 de abril 2020.

La medida es conexa con las causas que dieron origen a su implementación, debido a que al establecerse severas restricciones al ejercicio de las libertades civiles y económicas para reducir el contagio del covid-19 y la velocidad de su propagación, se afectó la normalidad de la actividad empresarial, trayendo como consecuencia la alteración de los plazos habituales para la generación de información con destino, entre otras, a las autoridades que ejercen sobre las personas jurídicas funciones de inspección, vigilancia y control, por lo cual, al modificarse el término para la aprobación de los estados financieros de las EPSPD, emergía la necesidad de ampliar el plazo para la presentación de los informes de auditoría de gestión y resultados sobre las mismas, para cuya elaboración se debe tener en cuenta esa información, que es, precisamente, la medida adoptada por medio de la resolución que se examina en este medio de control.

La medida es transitoria, ya que solamente aplica para la presentación de los informes de auditoría externa de gestión y resultados del año 2019 y es proporcional, considerando que la información financiera con base en la cual los auditores habrían de llevar a cabo su labor tiene plazo para serles puesta a su disposición hasta el 30 de junio de 2020, que es la fecha límite dispuesta por el artículo 5 del Decreto 434 de 2020 para la aprobación de los estados financieros, dada la vigencia de la emergencia sanitaria hasta el 30 de mayo de 2020. Si normalmente el plazo para que las asambleas de accionistas aprueben los estados financieros es el 31 de marzo y la fecha tope para el reporte de los informes de la AEGR es el 31 de mayo, al correrse la primera fecha para el 30 de junio de 2020, es proporcional que la segunda se haya desplazado para el 21 de agosto 2020, pues si bien el tiempo entre una y otra pasa de 60 a 51 días calendario, el lapso medido en días hábiles pasa de 39

a 35 días hábiles, de manera que a pesar de que hay una diferencia menor en 4 días al plazo vigente, el tiempo disponible para que los auditores puedan evaluar la información financiera en comparación con el plazo del que habitualmente disponen no es irrazonable.

Por lo anterior, se advierte que la resolución que está siendo revisada en el radicado de la referencia fue proferida por la autoridad competente, cumpliendo con los requisitos formales para su expedición, es conexas con el decreto de excepción en el cual se fundamenta y goza de los atributos de transitoriedad y proporcionalidad, y dada la extrema especificidad de su contenido no se advierte la necesidad de cotejarlo con disposiciones adicionales del resto del ordenamiento jurídico.

CONCEPTO

En consideración a los argumentos expuestos en precedencia, se conceptúa que la Resolución SSPD - 20201000010485 del 07/04/2020 “Por la cual se establece un plazo para la presentación del informe de Auditoría Externa de Gestión y Resultados - AEGR a 31 de diciembre de 2019”, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sea declarada ajustada a derecho por la Sala Plena del Consejo de Estado.

De los H. Consejeros de Estado con la más alta consideración,

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA