

Sentencia T-809-09

PERSONA JURIDICA-Titularidad de derechos fundamentales

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Titularidad de persona jurídica

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES ENCARGADOS DE LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO-Es necesario que la vulneración de derechos fundamentales invocados traspase la mera relación contractual y se desarrolle bajo el modelo “usuario-servidor”

Como se manifestó en la sentencia T-1212 de 2004, la Corte constitucional “ha sostenido que la acción de tutela procede no sólo frente a las actuaciones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen los derechos fundamentales, sino también frente al actuar de los particulares cuando éstos asumen la prestación de un servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un desequilibrio a una relación en principio entre iguales.(...) Sin embargo, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la sola circunstancia de que una empresa preste un determinado servicio público no la convierte, ipso jure, en sujeto pasivo de la acción de tutela. De ahí que, ‘(...) de acuerdo con el sentido teleológico de la norma, es necesario (...) que la vulneración del derecho fundamental se produzca con ocasión de la prestación de dicho servicio...’. En estos términos, es necesario que la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, traspase la mera relación contractual y se desarrolle bajo el modelo ‘usuario-servidor’, evento en el cual es procedente la acción de amparo constitucional”

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES ENCARGADOS DE LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO-Improcedencia por inexistencia de relación “usuario-servidor”

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Procedencia cuando se compromete un interés colectivo

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Casos en que el accionante

tiene a su alcance otros medios o recursos judiciales pero procede la tutela

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia objetiva

Referencia: expediente T-2230873

Acción de tutela instaurada por la Sociedad de Servicios Públicos de Villa del Rosario (SERPVIR) S.A. E.S.P., contra la Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario Eicviro ESP y el Municipio de Villa del Rosario.-

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil nueve (2.009).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada MARTHA VICTORIA CALLE CORREA y los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, Norte de Santander, Distrito Judicial de Cúcuta, con ocasión de la acción de tutela promovida por la empresa Sociedad de Servicios Públicos de Villa del Rosario, en adelante SERPVIR S.A. E.S.P., a través de apoderado.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda de tutela

La empresa SERPVIR S.A. E.S.P , mediante apoderado, instauró el día 6 de noviembre de 2008, acción de tutela contra la Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos

Domiciliarios de Villa del Rosario, en adelante EICVIRO ESP y el Municipio de Villa del Rosario, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

1.1. Los hechos de la demanda.

1.1.1. EICVIRO ESP, empresa de servicios públicos domiciliarios de Villa del Rosario, cuya naturaleza jurídica es la de empresa industrial y comercial del Estado del orden territorial, según se anota en el Acuerdo 005 de 2005 de su Junta Directiva, autorizó a la gerencia para iniciar el proceso de selección de un socio estratégico para la administración, inversión, gestión, y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y actividades complementarias en Villa del Rosario.

1.1.2. Para cumplir tal propósito, la gerencia efectuó la “Convocatoria pública número 002 de 2005”, con posterioridad a la cual se reconoce como socio estratégico a la U.T. AGUASANDER Ltda, por presentar la propuesta más conveniente.

1.1.3. Adoptada esta decisión, una y otra empresa, esto es, EICVIRO ESP y la U. T. AGUASANDER Ltda., junto con los señores Ester Rapalino Muñoz y Diógenes de Jesús Martínez Quiroz, mediante escritura pública constituyeron una sociedad de servicios públicos domiciliarios, denominada “Sociedad de Servicios Públicos de Villa del Rosario S.A. ESP, SERPVIR SA. E.S.P”.

1.1.4. De acuerdo con la participación de cada socio en la constitución de la sociedad, de conformidad con el art. 14 de la Ley 142 de 1994, la sociedad constituida es una empresa de servicios públicos privada, como quiera que la constituyen: UT AGUASANDER LTDA, con el 61%, EICVIRO ESP con

30%, Diógenes Martínez con el 3% Nydia Rapalino con 3% y Orlando Quintero con 3% del capital.

1.1.5. En el artículo 33 de los estatutos de la sociedad SERPVIR SA EPS, se estableció en el literal F como función de la asamblea general: “Resolver sobre la disolución de la sociedad antes de vencerse el término de duración o sobre su prórroga”. En el artículo 77 de los mismos, se establece la cláusula compromisoria como mecanismo de solución

de conflictos en caso de diferencias con el contrato social. Y en los artículos 70, 71 y párrafo 1º del

artículo 74, señalaron los procedimientos para la imposición de multas al socio estratégico en caso de incumplimiento, incluyendo la disolución y liquidación de la sociedad como forma última de sanción que se reconoce en cabeza de la empresa EICVIRO ESP.

1.1.6. Con fundamento en las últimas disposiciones, EICVIRO ESP expide las Resoluciones 028 de 6 de octubre de 2006, 029 de noviembre 22 de 2006 y 033 de diciembre 28 de 2006, imponiendo multas al socio estratégico por presuntos incumplimientos de sus obligaciones.

1.1.7. Contra tales resoluciones se interpusieron los recursos en vía gubernativa, los cuales fueron resueltos confirmando las decisiones en ellas contenidas. Por lo anterior, U.T. AGUASANDER Ltda, socio estratégico, interpone acción de tutela contra dichos actos, por violación del debido proceso, la igualdad y la legalidad.

1.1.8. Mediante sentencia, el Juez promiscuo del circuito de Los Patios, tuteló los derechos invocados por U.T. AGUASANDER Ltda., ordenando a EICVIRO ESP abstenerse de imponer las multas estipuladas en los estatutos de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP.

1.1.9. En diciembre 21 de 2007, SERPVIR SA ESP, el socio estratégico y el Alcalde Municipal de Villa del Rosario, suscriben con la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios una prórroga de gestión con el propósito de lograr mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos y en la gestión de la empresa. En este acuerdo la empresa SERPVIR SA ESP se compromete a corregir las situaciones detectadas en la visita con el control y vigilancia de la Superintendencia, así como a desarrollar un plan de gestión que debía ejecutarse en un plazo de dos años, hasta el 31 de diciembre de 2009.

1.1.10. Paralelamente, la empresa SERPVIR SA ESP inicia el proceso para renovar las pólizas de cumplimiento a que está obligada. Sin embargo, no puede proceder a dicha renovación en cuanto EICVIRO ESP informa mediante comunicación a la Aseguradora Cóndor, que la sociedad SERPVIR SA ESP se hallaba en proceso de disolución y por tanto no

debían ser renovadas las garantías en comento.

1.1.11. La Asamblea general de socios de SERPVIR SA ESP celebrada el 1º de abril de 2008, negó la solicitud de disolución de la sociedad presentada por el gerente de EICVIRO ESP. No obstante lo anterior, con base en el art. 74 de los estatutos de constitución de la sociedad, éste último profiere la Resolución no. 002 de 2008 mediante la cual ordena la disolución de la sociedad SERPVIR y su liquidación.

1.1.12. Contra esta resolución se interpusieron los recursos en vía gubernativa, resueltos de manera adversa a los intereses de la sociedad, mediante resoluciones números 003 de 2008 y 280 de 2008, suscritas por el gerente de EICVIRO y por la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario, respectivamente.

1.2 Solicitud de tutela y argumentos alegados por el actor

Con base en los hechos anteriormente expuestos, el demandante solicita mediante acción de tutela lo siguiente (folios 33-34, cuaderno principal):

1.2.1. Que se protejan los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la empresa Sociedad Servicios Públicos de Villa del Rosario SA ESP “SERPVIR SA ESP.

1.2.2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de las Resoluciones 02 y 03 de 2008 mediante las cuales se ordenó la disolución de la sociedad por acciones SERPVIR SA ESP y se designó como liquidador al señor Mario Navas Granados.

1.2.3. Que en el mismo orden se declare la nulidad de la Resolución 0280 de septiembre 24 de 2008, suscrita por la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario, por la cual se confirman los actos anteriores.

1.2.4. Así mismo que se declare la nulidad de la Resolución No. 0542 de octubre 28 de 2008 proferida por la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario, mediante la cual se declara que el Municipio de Villa del Rosario asume en forma directa la prestación de un servicio público de acueducto y alcantarillado (folios 44-46)1.

1.2.5. Que se suspendan de inmediato todos los actos de intervención que hubieran podido ejecutarse con fundamento en las descritas Resoluciones.

1.2.6. Que se ordene a EICVIRO ESP no volver a expedir actos administrativos de tal naturaleza dentro de sus actividades industriales y comerciales.

Como argumentos relevantes en los que sustenta el amparo solicitado se señalan (folios 8-33, cuaderno principal):

1.2.7. La Constitución establece en el art. 365 que el régimen de los servicios públicos deberá ser determinado por el legislador, el cual estableció en la ley 142 de 1994, artículo 32, que será el derecho privado el régimen aplicable para la constitución de las empresas prestadoras de servicios públicos, sin importar la naturaleza del acto o el derecho que se ejerza.

1.2.8. Dentro de las diferentes personas jurídicas que prestan servicios públicos domiciliarios, se destacan las empresas de servicios públicos privadas, las cuales se reconocen por ser aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares.

1.2.9. El artículo 19 de la Ley 142 de 1994, establece las causales de disolución de las empresas de servicios públicos y la sujeción a las reglas del Código de Comercio. Igualmente se contempla en el capítulo II de la mencionada ley, que la participación de las entidades públicas en las empresas de servicios públicos, les impide ejercer privilegios diferentes de los contemplados en la ley. Y en el artículo 61 se establecen las causales de liquidación.

1.2.10. La empresa SERPVIR SA ESP es una sociedad comercial por acciones de carácter privado, por lo que se le aplica el derecho común, salvo que en la Constitución o en la ley se establezca en contrario. Esta condición determina, conforme la jurisprudencia de la Corte constitucional, el estar sometida a un régimen jurídico especial, particularmente diseñado para la prestación adecuada de los servicios públicos (C-736 de 2007), el cual supone la aplicación de normas de derecho privado y de derecho público pero respecto de asuntos totalmente diversos. En todo caso, por lo que respecta a la gestión realizada por la empresa para la producción y explotación del servicio, se aplica exclusivamente el Derecho común.

1.2.11. Con fundamento en el artículo 17 de la ley 142 de 1994, el Concejo Municipal de Villa del Rosario transformó las Empresas municipales de Villa del Rosario en la empresa industrial y comercial del orden municipal, EICVIRO ESP. Esta entidad descentralizada del orden territorial, de conformidad con el artículo 27 de la citada ley, no posee ningún privilegio, ni puede ostentar potestades públicas extrañas a su actividad industrial y comercial, pues lo mismo viola el derecho a la igualdad de las partes, “valor esencial de la contratación comercial” (folio 15 del cuaderno principal). Por esto, si EICVIRO pretendía disolver la sociedad de la cual es socio minoritario, le correspondía acudir al derecho comercial y no al derecho público, porque su condición de entidad descentralizada no tiene relevancia alguna en el ejercicio de los derechos societales.

1.2.12. Existen sin embargo materias en donde le son reconocidas a las empresas de servicios públicos potestades administrativas, relacionadas según la ley, con la facturación, conexión, suspensión, corte y reconexión, entre otras, para las cuales están facultadas a proferir actos unilaterales sometidos naturalmente al Derecho público.

1.2.13. Con todo, en lo referente a su función industrial y comercial, las empresas de servicios públicos no pueden proferir actos administrativos, salvo que tal prerrogativa haya sido prevista por el legislador. En este orden, cuando no cuentan con dichas facultades y profieren actos con los que manifiestan potestades propias de la Administración, aquellos se convierten en verdaderas vías de hecho, conforme lo ha expuesto la jurisprudencia. Tal es el caso de la resolución mediante la cual EICVIRO ESP ordenó la disolución de la sociedad SERPVIR SA ESP, la cual, no obstante pretender fundarse en una cláusula del contrato social, carece de validez por no tener respaldo legal.

1.2.14. Frente a actuaciones administrativas adoptadas sin ningún fundamento legal y con vulneración de los derechos fundamentales, se genera una vía de hecho administrativa, contra la cual sólo procede la acción de tutela como único medio de control. Así lo ha determinado en reiterada jurisprudencia la Corte constitucional, dentro de la cual cita entre otras, las sentencias T-558 de 2006, T-041 de 2007, así como la T-197 de 2007, la T-854 de 2006 y la T-216 de 2006.

1.2.15. Conforme lo anterior, reitera y enfatiza que la Resolución 002 de 2008 por medio

de la cual EICVIRO ESP ordena la disolución de sociedad SERPVIR SA ESP, es una vía de hecho pues esta prerrogativa no podía estar contemplada dentro de las cláusulas del contrato social, al suponer con ello una suplantación de las reglas dispuestas por el legislador.

1.2.16. En el mismo orden, EICVIRO ESP no podía nombrar liquidador y al hacerlo desplazó a la Superintendencia de Servicios Públicos incurriendo en otra vía de hecho. No puede ser otra la conclusión que se desprende de lo dispuesto en el artículo 79, numeral 28 de la ley 142 de 1994.

1.2.17. Las causales de disolución de la empresa SERPVIR SA ESP previstas en sus estatutos, son contrarias al orden jurídico en cuanto prevén causales diversas a las dispuestas en el Código de comercio. A más de lo anterior, lo cierto es que los párrafos de los artículos 70 y 74 del contrato social de SERPVIR SA ESP, al momento de ser aplicados por el gerente de EICVIRO ESP no se encontraban vigentes, toda vez que las mismas habían sido modificadas mediante escritura pública 327 de 20 de agosto de 2005, cuyo propósito no fue otro que el determinar dentro del contrato social, causales de disolución que fueren conformes a Derecho.

1.2.18. De todo lo anterior se deduce que EICVIRO ESP, al expedir las resoluciones 002 y 003 de 2008, vulneró el debido proceso, al haberse adoptado una decisión sin competencia, sin sujeción al principio de legalidad, con extralimitación de funciones. Es decir, que con ello no sólo se adoptó una decisión arbitraria e ilegal, sino que se desplazó al juez natural para dirimir los conflictos societarios, como era el tribunal de arbitramento contemplado en el artículo 77 de los estatutos, o en su caso, a la autoridad llamada a ejercer inspección y vigilancia sobre la prestación del servicio, es decir, la Superintendencia de Servicios Públicos. Y admitiendo en gracia de discusión que EICVIRO ESP pudiera expedir el acto administrativo que ordenó la disolución, debió haberlo hecho cumpliendo con las exigencias del CCA, artículos 28 a 48 y con los principios que rigen la actuación administrativa.

1.2.19. Los actos acusados han supuesto igualmente violación del derecho de igualdad, propio de las relaciones sujetas al Derecho privado, como es el régimen jurídico aplicable en este caso.

1.2.20. Afirma que la acción de tutela es procedente, en tanto las resoluciones objeto de demanda, al haberse proferido sin competencia y desconociendo el debido proceso, no pueden asimilarse a un acto administrativo sino que, al contrario, son una típica vía de hecho administrativa frente a la que no existe en el ordenamiento otro medio de defensa judicial.

1.2.21. Finalmente aduce que de producir efectos jurídicos los actos acusados, la Superintendencia de Servicios Públicos tomaría posesión de los bienes de la sociedad, lo cual implicaría un perjuicio irremediable.

1.3. La actuación procesal hasta la sentencia de segunda instancia que decreta la nulidad de lo actuado

1.3.1. Providencia de noviembre 11 de 2008, del juzgado primero promiscuo municipal, por medio de la cual inadmite la demanda por cuanto el apoderado no allega prueba de la representación legal de sus poderdantes, ni los poderes de las personas naturales y jurídicas en cuyo nombre presenta la solicitud de tutela (folio 338).

1.3.2. Escrito de 12 de noviembre de 2008, mediante el cual el apoderado de la empresa SERPVIR SA ESP, precisa que la demanda de tutela sólo se presenta en nombre de SERPVIR SA ESP y para tal efecto, presenta certificado de la cámara de comercio en la que se acredita la existencia y representación de la misma (folio 342).

1.3.3. Providencia de noviembre 12 de 2008 del juzgado primero promiscuo municipal, por medio de la cual se accede a decretar la medida cautelar impetrada, ordenando al EICVIRO ESP y al Municipio de Villa del Rosario suspender la ejecución de la resolución por la cual se ordena la disolución de la sociedad SERPVIR SA ESP. (folio 347-348).

1.3.4. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa del Rosario (folios 429-458), en la cual se accede a la solicitud de tutela, en particular por vulneración del debido proceso y en consecuencia accede “transitoriamente [sic] a la solicitud de protección constitucional impetrada” y en el entretanto que se resuelva definitivamente el asunto, ordena seguir cumpliendo con lo ordenado en la providencia que decretó la medida cautelar y por tanto con la inaplicación de los actos acusados y las medidas de ejecución

subsiguientes (folio 457).

1.3.5. Escrito de noviembre 26 de 2008 de la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario y del gerente de EICVIRO ESP en el cual impugnan la sentencia de tutela de primera instancia y remiten diversas pruebas adicionales para fundamentar sus argumentos (folios 465-522).

1.3.6. Escrito de noviembre 28 de 2008, de la Alcaldesa del municipio de Villa de Rosario, donde solicitó al juez de instancia declarar la nulidad de la actuación por violación del derecho de defensa del accionado, toda vez que solicitadas en el término legal, no fueron decretadas las pruebas mediante las cuales se pretendía acreditar el hecho grave de la inexistencia de la Unión temporal AGUASANDER Ltda., al momento de adjudicarle la condición de socio estratégico de EICVIRO ESP (folio 465-466).

1.3.7. Auto de 10 de diciembre de 2008 del Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, donde se ordena declarar la nulidad de lo actuado, teniendo en cuenta que no se integró el contradictorio al no vincular a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como integrante de la parte accionada (folio 2, cuaderno 2).

1.3.8. En cumplimiento de lo anterior, Auto de 12 de diciembre de 2008 del Juez Primero Promiscuo Municipal de Villa del Rosario, en el cual se admite la tutela promovida por SERPVIR SA ESP, reconoce su apoderado, ordena integrar al contradictorio tanto a la sociedad SERPVIR SA. ESP EN LIQUIDACIÓN, así como a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y finalmente ordena decretar la medida cautelar solicitada, ordenando a las entidades accionadas suspender la ejecución de las resoluciones objeto de debate (folio 528).

1.4. Intervención de las partes accionadas

1.4.1. Municipio de Villa del Rosario y EICVIRO.

En escrito de diciembre 16 de 2008, la Alcaldesa municipal de Villa del Rosario y el Gerente de EICVIRO ESP contestaron la tutela y solicitaron la remisión del expediente al juez competente “una vez definida la recusación”.

En este orden, expone lo siguiente:

1.4.1.1. Mediante Acuerdo 005 de 2005 de la junta directiva de EICVIRO ESP se autorizó a la gerencia iniciar un proceso de selección de un socio que técnica y financieramente le diera apoyo al acueducto de Villa del Rosario.

1.4.1.2. Una vez concluido dicho proceso y determinada la creación de una sociedad que efectuaría la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, en el acto de constitución se alteró la condición del socio y en vez de reconocerse como socio inversionista, se estipuló que fuere un socio gestor, desnaturalizando con ello el objeto de la licitación que antecedió su escogencia.

1.4.1.3. Por esta circunstancia, además, es que el mencionado socio no ha efectuado los aportes a que se había comprometido para mejorar la calidad del servicio público en comento.

1.4.1.4. Los actos acusados en el procedimiento de tutela fueron expedidos en cumplimiento del principio de legalidad y en el marco de las competencias establecidas, de conformidad con los estatutos de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP, en particular en lo dispuesto en el parágrafo art. 74, según el cual "... la no renovación de las pólizas en los plazos establecidos dará lugar a hacer efectiva la póliza vigente, y en caso de mantenerse el incumplimiento, dará lugar a la terminación de la sociedad por parte del EICVIRO ESP".

1.4.1.5. No es por tanto cierto, como lo afirma el actor, que no pudo éste conocer y controvertir los supuestos fácticos y jurídicos que antecedieron esta decisión, como quiera que en la Asamblea ordinaria de socios de SERPVIR SA ESP el gerente de EICVIRO ESP le solicitó a la misma pronunciarse sobre la disolución. Ello, con motivo de la situación administrativa y financiera de la empresa de servicios públicos, así como de la falta de renovación de las pólizas que estaba la misma obligada a suscribir conforme los estatutos de la empresa.

1.4.1.6. El gerente de EICVIRO ESP es un servidor público y por tanto sus decisiones se expresan a través de actos administrativos, por lo cual no es cierto que se afirme que éste deba actuar como si fuera un particular.

1.4.1.7. Los antecedentes presentados por el actor son inexactos en cuanto que se

omitieron las irregularidades en las que incurrió la propia Unión Temporal AGUASANDER Ltda., adjudicataria de la licitación iniciada por EICVIRO ESP con el objeto de buscar un socio estratégico para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado. Se omite en este sentido que en el acto de adjudicación de la propuesta, AGUASANDER no se encontraba constituida, acto que ocurrió sólo tres días antes de la constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP.

1.4.1.8. No se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la igualdad, como quiera que el accionante tuvo conocimiento de la situación, cuando en la asamblea ordinaria el supervisor, esto es el gerente de EICVIRO ESP, solicitó a los socios aprobar la disolución de SERPVIR SA ESP teniendo en cuenta su situación financiera y administrativa, además del no cumplimiento de su obligación estatutaria de renovar las pólizas de garantía a que estaba obligado según los estatutos de constitución.

1.4.1.9. No se ha desplazado la función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues fueron los socios quienes, conforme lo dispuesto en el art. 218 del C. Co., establecieron en los estatutos de constitución de la sociedad la causal de disolución aplicada, a más de la entidad encargada de aplicarla.

1.4.1.10. De otro lado, vuelve sobre los antecedentes de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP, de selección del socio inversionista U.T. AGUASANDER Ltda., al igual que sobre la necesidad de constituir las pólizas como forma de garantizar el cubrimiento de los riesgos que supone la actividad desplegada por SERPVIR SA ESP.

1.4.1.11. En lo que hace a las comunicaciones de EICVIRO ESP dirigidas a la aseguradora Cóndor, con el objeto de que no se renovaran las pólizas constituidas por SERPVIR SA ESP, señala que corresponden a la Administración anterior, lo cual desvirtúa la afirmación del accionante en el sentido de que existiera un ánimo persecutorio.

1.4.1.12. Rechaza igualmente la presunta incompetencia del gerente de EICVIRO ESP para ordenar la disolución y liquidación de SERPVIR SA ESP a través del acto expedido, pues hace parte de su órbita normal de competencia el expedir actos administrativos.

1.4.1.13. Frente a la integración de la litis, señala que el 8 de marzo de 2007, fue la misma gerente de la sociedad la que solicitó la intervención del Superintendente delegado

para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, con el propósito de solucionar los problemas que presentaba la entidad, con incidencia directa sobre la prestación del servicio público.

1.4.1.14. Presenta también como antecedente la comunicación de la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario a la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en la que cuestiona el oficio del Superintendente delegado que arriba se menciona, por desconocer la verdadera situación que enfrente la sociedad SERPVIR SA ESP.

1.4.1.15. Solicita por tanto declarar la improcedencia de la acción. (folios 535-556).

1.4.2. Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios

Así mismo, la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios, una vez vinculada al proceso por orden del juez de segunda instancia, contesta la demanda de tutela mediante comunicación de 13 de enero de 2009.

1.4.2.1. En el primer lugar, estima que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no es la autoridad que presuntamente haya podido vulnerar los derechos fundamentales invocados por la empresa accionante.

1.4.2.2. Frente al derecho de igualdad, el mismo no se ha vulnerado pues el demandante no demuestra la existencia de un trato desigual, por lo cual resulta inapropiado proceder a tutelar este derecho. También señala que la liquidación voluntaria de la sociedad SERPVIR es competencia de la Superintendencia de Sociedades, pues tal conclusión se colige del art. 61 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con lo previsto en el art. 218 y siguientes del C.Co., así como con lo previsto en el art. 228 de la Ley 222 de 1995 y el art. 22 del Decreto 1080 de 1996 que prevén la denominada “competencia residual”, a favor de ésta.

1.4.2.3. En lo referente a la presunta vulneración del debido proceso, la Superintendencia de Servicios Públicos no ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso puesto que no es quien profirió el acto de disolución de la sociedad accionante.

1.4.2.4. Por lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción o en su defecto se denieguen las pretensiones de la demanda (folios 639-647).

1.5 Sentencias objeto de revisión

1.5.1. Sentencia de primera instancia

Como bien se anotó anteriormente, el fallo de primera instancia proferido el 26 de noviembre de 2008, por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Villa del Rosario, fue anulado en segunda instancia. Por esta razón, adelantada de nuevo la actuación finalmente se profiere sentencia el 22 de enero de 2009 por el mismo juez, quien resuelve favorablemente la tutela impetrada por la empresa SERPVIR SA ESP y es esta la providencia que será objeto de revisión (folios 651-689, cuaderno principal).

Para tal efecto, el a quo presentó en primer lugar una descripción basada en la jurisprudencia de la Corte constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela. Así mismo señaló el valor y la importancia que en el orden constitucional posee el derecho al debido proceso, predicable tanto en actuaciones judiciales como administrativas. También valoró el significado que posee la correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios en el marco del Estado social de Derecho, así como la participación de los particulares en dicha prestación. Analizó, en fin, las condiciones fácticas que antecedieron la expedición de los actos acusados como causantes de la violación de derechos fundamentales.

Expuesto lo anterior, como problemas jurídicos que el asunto plantea señaló los siguientes: ¿Poseen EICVIRO ESP y el municipio competencia para proferir los actos acusados? ¿Constituyen los actos acusados verdaderos actos administrativos o en realidad son un remedo de ellos y en su lugar representan vías de hecho? Y finalmente se interroga sobre la procedencia de la acción de tutela como forma de atacar las actuaciones objeto de análisis.

En cuanto al primer interrogante, el juez de instancia responde trayendo a colación la decisión judicial de tutela por la cual se ampararon los derechos fundamentales de la empresa AGUASANDER Ltda., contra las sanciones impuestas por EICVIRO ESP². Recordó que no obstante haberse contemplado en los estatutos de constitución de SERPVIR SA ESP la posibilidad de proferir actos sancionatorios, tales atribuciones exceden los mandatos legales y constitucionales. Por otra, observa que con base en las pruebas obrantes en el proceso era claro que la situación financiera y administrativa de la

empresa que impetra la tutela, en efecto obligaba a EICVIRO ESP a buscar medidas de solución pronta y definitiva que hicieren posible superar la deficiente prestación del servicio de acueducto y alcantarillado. Sin embargo, no podía disponer como socio minoritario la disolución de la entidad, porque esta decisión estaba fundada en una estipulación estatutaria claramente incompatible con las normas a las que está sujeta la constitución y la ordenación de las sociedades.

Encuentra además el juez que, como en la escritura de constitución de la sociedad no estaba previsto con precisión la persona competente para adoptar la decisión, este vacío debía llenarse acudiendo a la regla general del contrato social establecida en el art. 1º y conforme al cual lo no previsto en él, debía ser interpretado conforme a lo previsto en las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, así como en las que modifiquen o sustituyan a éstas, y en lo pertinente, por lo contemplado en el Código de Comercio.

Estimó además que, en caso de presentarse conflicto entre los socios, en los estatutos fue prevista la cláusula compromisoria, de modo que en caso de surgir dudas sobre la celebración, ejecución o disolución del contrato social, tales conflictos debían ser sometidos a un Tribunal de Arbitramento.

Encuentra el juez que no obstante los serios cuestionamientos sobre la prestación del servicio, EICVIRO ESP actuó sin competencia y además con violación del debido proceso al resolver de plano la disolución, sin considerar la decisión contraria que sobre el particular se había adoptado en la asamblea de socios y negando a la empresa accionante toda posibilidad de defensa y contradicción. De igual modo procedió el municipio cuando sin tener en cuenta la deficiencia procedimental protuberante, confirmó la decisión recurrida y además mediante resolución 542 de 28 de octubre de 2008, asumió de manera directa la prestación del servicio público en cuestión a través de EICVIRO ESP.

En orden a lo anterior, reconoce que se ha podido constituir una vía de hecho administrativa que supuso para SERPVIR SA ESP una vulneración flagrante de su derecho contemplado en el art. 29 constitucional, que ha llevado a postrarla en un estado de absoluta indefensión generándole un perjuicio irremediable.

Por la suficiencia de argumentos, deja entonces de pronunciarse sobre los demás problemas planteados, y por tanto concede la tutela. En ese orden, no obstante la

procedencia del recurso de apelación, ordena que la medida cautelar adoptada debe mantenerse “mientras la autoridad competente [el Ad quem] decide en forma definitiva la situación puesta en conocimiento” (folio 689, cuaderno principal).

Es decir, que declara “la probabilidad de configuración de una vía de hecho y/o vulneración del debido proceso”, y “accede transitoriamente [sic] a la solicitud de protección constitucional impetrada”, mas absuelve a la Superintendencia de Servicios Públicos y a la Superintendencia de Sociedades por no tener responsabilidad ninguna en los hechos probados en el proceso. Finalmente ordena, hasta que se resuelve en forma definitiva por el juez de segunda instancia la situación puesta en conocimiento del juez, “mantener vigentes los efectos de la medida cautelar”, referida a que “deben suspender inmediatamente la ejecución de las resoluciones que respectivamente ordenaron la disolución de la sociedad Accionante y por otra parte la que ordena asumir en forma directa la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado (...)” (folio 689, cuaderno principal).

1.5.2. La impugnación de la sentencia de primera instancia que concede la tutela.

Mediante escrito presentado el 23 de enero 2009, la Alcaldesa de municipio de Villa del Rosario y el gerente de EICVIRO ESP impugnaron la sentencia de primera instancia, a partir de los siguientes argumentos:

Respecto de la declaración de la sentencia impugnada conforme a la cual es posible que se haya configurado una vía de hecho, estiman que no puede el juez definir una controversia jurídica a partir de simples hipótesis. Reiteran los argumentos varias veces esbozados en los diferentes escritos que se han venido referenciando, sobre el origen de la empresa SERPVIR SA ESP y las responsabilidades incumplidas del socio estratégico AGUASANDER Ltda. Rechazan la afirmación de la sentencia acusada según la cual EICVIRO ESP carecía de competencia para disolver la empresa SERPVIR SA ESP, pues la misma se encuentra plasmada en el art. 74, parágrafo de los estatutos de constitución de la misma, soportada en lo previsto en el art. 218 del C.Co.

Por lo demás, afirman los impugnantes, la decisión de liquidación se adoptó sobre la base de la situación fáctica contemplada en la misma cláusula de los estatutos, esto es, por el incumplimiento de la obligación de renovar las garantías a las que SERPVIR SA

ESP estaba obligada. Por ello afirman: “En verdad, no resulta ajustado ni a la realidad ni a derecho expresar que SERPVIR no tuvo conocimiento de la solicitud de liquidación. Que quedó en estado de absoluta indefensión cuando antes de la expedición de los actos administrativos, la asamblea ordinaria conoció de la solicitud de disolución”.

Es más, dicen los recurrentes, la atribución contemplada en el art. 74, párrafo primero de los estatutos de constitución, “se entiende como una atribución que surge y se justifica en la necesidad de paralizar de manera inmediata la operación de una actividad de riesgo. Por ello debe hacerse a través de un acto administrativo, y no, ante la carencia de pólizas, acudir a un proceso ante un Tribunal de Arbitramento que de hecho prolongaría en el tiempo la decisión”.

En lo restante, vuelve a plantear las irregularidades en las que incurrió el socio estratégico AGUASANDER Ltda., las actuaciones y comunicaciones que antecedieron la disolución, el reclamo para la renovación de las pólizas, la solicitud de participación de la Superintendencia de Servicios Públicos y los documentos cruzados entre EICVIRO, la Alcaldía y dicha entidad, con los que se reiteran argumentos ya expuestos en otras intervenciones de los accionados, a las cuales se remite.

Conforme a todo lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela y adjunta pruebas que ya obran en el expediente (folios 704-764).

Posteriormente, mediante escritos de 4 y 12 de febrero de 2009, presenta ante la juez que conoce en segunda instancia, argumentos relacionados con la situación financiera de SERPVIR SA ESP y el socio estratégico AGUASANDER Ltda. (folios 46-49 del segundo cuaderno).

1.5.3. Sentencia de segunda instancia

En sentencia de 24 de febrero de 2009, la Juez Civil del Circuito de Los Patios, Norte de Santander, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, revocando la decisión de amparo, así como la medida cautelar decretada y declarando la acción de tutela improcedente. Lo anterior se fundamenta en los siguientes elementos de juicio:

A partir de lo demostrado a lo largo del proceso, encuentra que el problema jurídico del caso es “si la expedición de las resoluciones 0280 de septiembre 24 de 2008 y 542 de Octubre 28 de 2008 [sic] por parte de EICVIRO [sic] implicó el desconocimiento de un posible derecho reconocido por el legislador para terminar unilateralmente el contrato liquidando y disolviendo la misma en los términos de la cláusula estatutaria 77 y el art. 28 a 48 del C.C.A. y la Ley 142 de 1994?” (folio 55 del segundo cuaderno).

Para responder a este problema, analiza en primer lugar, si la parte accionante tiene legitimidad para incoar la tutela. Trae a colación pronunciamientos de la Corte constitucional en los cuales se ha reconocido que las personas jurídicas son titulares de la acción (sentencias SU 182 de 1998, T-396 de 1993). Así, señala que en este caso “se trata de una persona jurídica que presta un servicio público regido por la Ley 142 de 1994” y de conformidad con lo previsto en los artículos 14, y 32 de la misma, tales empresas pueden ser oficiales, mixtas y privadas, pero en general, por lo que respecta a su constitución, actos, contratos y administración, están sometidas normalmente a las disposiciones de derecho privado. Y conforme a jurisprudencia de la Corte constitucional y del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil (sentencia del 28 de enero de 1999), las mixtas y las constituidas por particulares quedan por fuera de la Rama ejecutiva del poder público (folios 55-58, segundo cuaderno).

En este punto, la sentencia se pronuncia ya no sobre la parte actora sino sobre la entidad accionada, esto es, EICVIRO ESP, sobre la cual dice que “por ser empresas mixtas [sic] de servicios públicos domiciliarios, se matricula dentro del catálogo de personas jurídicas de naturaleza privada, frente a las cuales es pertinente evaluar la procedencia de la acción de tutela, a partir de los requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 86 de la Constitución política y 42 del Decreto 2591 de 1991” (folio 58, segundo cuaderno).

Acude nuevamente a la jurisprudencia de la Corte constitucional en la que se ha señalado que conforme a lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, la acción de tutela procede contra las empresas que prestan un servicio público. No obstante agrega que esta condición no supone per se la procedencia sino sólo cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ocurre precisamente por la prestación de dicho servicio (sentencias T-1000 y T-1086 de 2001), dada la importancia que supone la prestación de los servicios públicos en la calidad de vida de los

asociados y con el fin de evitar que se niegue arbitrariamente su prestación, o para dirimir los conflictos que se presenten entre empresas y usuarios (sentencias T-321 de 1999, T-321 de 1999, T-436 de 2000, T-1016 de 1999, T-1432 de 2000, T-1061 de 2001, T-796 de 2002).

Al estudiar el asunto bajo su conocimiento observa: “En este caso infortunadamente y según la jurisprudencia expuesta no se acredita el cumplimiento del primer requisito de procedibilidad de la acción de tutela, pues a pesar de ser el particular quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales de la accionante, una empresa de servicios públicos domiciliarios, no se demostró la existencia que exige la Honorable Corte de una relación ‘usuario-servidor’, que en los términos de la jurisprudencia constitucional se exige como *conditio sine qua non* para admitir su viabilidad” (folio 59, segundo cuaderno).

Con todo, analiza si existe un estado de subordinación o indefensión por parte del accionante frente al accionado, lo cual, conforme la jurisprudencia de la Corte constitucional (sentencias T-290 de 1993, T-1008 de 1999, T-288 de 1995) se responde negativamente. En este sentido, señala que “no nos encontramos en principio frente a un estado de subordinación (...) pues no existe entre las partes en esta acción ningún tipo de vínculo jurídico que implique un estado de dependencia, sometimiento o sumisión”, sino que al contrario “dichas empresas se encuentran vinculadas mediante una sociedad, con una posición de igualdad como socios, con disposiciones y obligaciones predispuestas y las establecidas por la ley” (folios 60-61, segundo cuaderno).

Finalmente establece si existe o no un perjuicio irremediable para que sea viable la tutela interpuesta. A estos efectos, cita también pronunciamientos de la Corte constitucional, retomados entre otras por la sentencia de 4 de abril de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria (sentencias T-823 de 1999 y T-912 de 2006). Y con base en ellos observa que, no obstante las afirmaciones plasmadas en la demanda (folio 33 primer cuaderno), lo cierto es que al aludir a “‘pérdidas incalculables que derivarían inevitablemente en la quiebra de la sociedad SERPVIR SA ESP’”, en verdad se señalan tan sólo “posibles expectativas de orden contingente, [y] falta así la inminencia, gravedad y certeza de todo perjuicio calificado de ‘irremediable’ (...) porque el perjuicio que hipotéticamente, o probable no se

encuentra determinado en concreto, brilla por su ausencia cualquier prueba al respecto, el cual puede ser reparado en su integridad, conforme ellos mismos expresan a través de un proceso ordinario ante la justicia civil". (folio 62 segundo cuaderno).

Y tras citar otro pronunciamiento de la Corte (sentencia de 12 de julio de 1993), concluye que "no puede aseverarse como afirma el a quo, que ante una probable configuración de vía de hecho, y / o vulneración del debido proceso se acceda transitoriamente a la solicitud de amparo constitucional, si no se demostró como exige la Honorable Corte en primer lugar, la existencia de una relación 'usuario-servidor', sino la relación de socios cuyos conflictos se pueden ventilar a través de otros medios judicial [sic]; en segundo lugar, que a pesar de existir otro medio judicial, no se encuentran estado de subordinación o indefensión, por encontrarse en condiciones de igualdad en su calidad de socios y por último, no encontrándose en estado de subordinación o indefensión no probó el pretendido perjuicio y que en consecuencia este fuera irremediable" (folios 62-63, segundo cuaderno).

1. Pruebas obrantes en el expediente

1.6.1. Pruebas aportadas por el actor

* Convocatoria pública No. 002 de 7 de julio de 2005, pliego de condiciones y documentos anexos, para la selección de un socio estratégico para la administración, inversión, gestión y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario (folios 220-336).

* Acta de audiencia pública de adjudicación de convocatoria pública No. 002 de 21 de julio de 2005, mediante la cual se adjudica a la propuesta de la UNION TEMPORAL AGUASANDER como socio estratégico para la administración, inversión, gestión y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y sus actividades

complementarias en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario (folio 215-219).

* Escritura pública no. 319 de agosto 13 de 2005, de la Notaría Única del circuito de Los Patios, mediante la cual se constituye la sociedad por acciones SERPVIR SA ESP (folios 193-214).

* Escritura pública no. 327 de agosto 13 de 2005, de la Notaría Única del circuito de Los Patios, mediante la cual se adiciona la escritura pública de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP, incluyendo las causales de disolución y liquidación de la misma, así como lo relacionado con algunos nombramientos de la junta directiva (folios 190-193).

* Sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito, Distrito Judicial de Cúcuta, de 13 de junio de 2007, mediante el cual se resuelve la impugnación formulada contra la sentencia de tutela del Juzgado primero promiscuo municipal de Villa del Rosario, ordenando la revocación de la misma y en su lugar concediendo la tutela impetrada (folios 171-180)

* Comunicación del 13 de diciembre de 2007 suscrita por la gerente de la empresa EICVIRO ESP dirigida a la gerente de la empresa SERPVIR SA ESP, solicitando solucionar los contratiempos que se han presentado, a fin de poder renovar las pólizas, vencidas el 30 de noviembre de ese año (folio 156)

* Acta no. 003 de 17 de diciembre de 2007, de la reunión ordinaria de la Junta Directiva de la empresa EICVIRO ESP, en la que, entre otros puntos, se plantea la situación administrativa, técnica y financiera de EICVIRO ESP relacionada con el incumplimiento de

los aportes de SERPVIR SA ESP (folios 152-155)

* Comunicación del 8 de enero de 2008 suscrita por la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario, por la cual solicita a la Gerente de la Aseguradora Cóndor SA, no efectuar la renovación de las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil reclamada por la empresa SERPVIR ESP, ante la situación de incumplimiento que esta se encuentra para con la empresa EICVIRO ESP. (folio 148-149)

* Comunicación de 31 de enero de 2008 del Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, por la cual remite la prórroga del programa de gestión suscrito entre la Superintendencia de Servicios públicos, SERPVIR SA ESP y el Municipio de Villa del Rosario, suscrito con el objeto de que SERPVIR SA ESP logre asegurar en el nuevo plazo concedido la prestación eficiente de los servicios a su cargo. (folios 181-189).

* Comunicación de 5 de febrero de 2008 suscrita por la gerente de SERPVIR SA ESP en la que informa al gerente de EICVIRO ESP sobre las pólizas que está obligada a renovar, que tal actuación no ha procedido porque la compañía aseguradora tuvo conocimiento de unas multas impuestas por EICVIRO ESP a SERPVIR SA ESP. Lo anterior no obstante que tales multas han sido declaradas improcedentes por sentencia de tutela del juez promiscuo municipal de Villa del Rosario. Por tanto, se agrega que EICVIRO ESP debe informar a la aseguradora de tal decisión, para que pueden ser expedidas las renovaciones de las pólizas reclamadas (folio 164-165).

* Comunicación de 12 de marzo de 2008 por la cual el gerente de la empresa EICVIRO ESP solicita a la gerente de SERPVIR SA ESP remitir originales de las pólizas e información sobre el crédito solicitado por SERPVIR SA ESP (folios 163)

* Comunicación de 15 de marzo de 2008 suscrita por la gerente de SERPVIR SA ESP en la que informa al gerente de EICVIRO ESP no haber renovado las pólizas, en razón de que esta última empresa no ha expedido el documento que así lo autorice a la entidad aseguradora (folios 161 y 162). Igualmente indica que el crédito solicitado por SERPVIR SA ESP fue aprobado en asamblea de accionistas.

* Acta de Junta de Asamblea de la sociedad SERPVIR SA ESP Número 001 de 1º de abril de 2008, en la que se propone por el gerente de EICVIRO ESP, la disolución de la sociedad (folios 103-143)

* Comunicación del 1º de abril de 2008 suscrita por el Gerente de la empresa EICVIRO ESP dirigida a la gerente de la empresa SERPVIR SA ESP, solicitando hacer llegar las pólizas vigentes (folios 157).

* Comunicación del 4 de abril de 2008 suscrita por la Gerente de la empresa SERPVIR SA ESP, en respuesta a la comunicación anteriormente mencionada, en la que se informa haber dado ya respuesta a esa solicitud mediante oficio de 15 de marzo de 2008, recibida por el Gerente de EICVIRO ESP (folio 158).

* Comunicación del 4 de abril de 2008, suscrito por la gerente de SERPVIR SA ESP, con el que se formula derecho de petición a la compañía de seguros Cóndor, solicitando informe el motivo por el cual la aseguradora no ha efectuado la ampliación de las pólizas suscritas a favor de EICVIRO ESP (folio 159-160).

* Comunicación de 14 de abril de 2008, suscrita por la gerente sucursal Tunja de Cóndor SA., empresa de seguros, en la cual se responde al derecho de petición formulado por SERPVIR SA ESP, informando que anexa los documentos remitidos a la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario y a la presidente de la Junta de EICVIRO ESP, con los cuales

se resumen las razones por las cuales no fueron renovadas las pólizas (folio 147). En anexo incluye los documentos aquí referenciados, visibles a folios 148-155.

* Comunicación de 16 de abril de 2008, suscrita por la abogada de la Dirección de indemnizaciones de Cóndor SA, compañía de seguros generales, mediante la cual se informa a la empresa SERPVIR SA ESP, que no se han expedido las modificaciones requeridas, por cuanto se presentó un aviso de siniestro informado en su oportunidad al afianzado SERPVIR SA ESP, quien aún no ha respondido ni se ha pronunciado al respecto. (folio 146).

* Resolución No. 002 del 22 de abril de 2008, proferida por el Gerente de EICVIRO ESP y por medio de la cual se ordena la disolución y liquidación de la sociedad SERPVIR SA ESP (folios 93-102).

* Recurso de reposición presentado el 28 de mayo de 2008 por la empresa SERPVIR SA ESP mediante apoderado, contra la Resolución No. 002 de 2008, proferida por el Gerente de EICVIRO ESP (folios 64-92).

* Comunicación de 11 de junio de 2008, suscrita por el Gerente de la empresa SERPVIR SA ESP, mediante la cual solicita a la gerente de Asesores de Seguros, la renovación de las pólizas de garantía de cumplimiento y riesgo por daño físico, a favor de EICVIRO ESP, siendo tomador SERPVIR SA ESP (folio 144).

* Resolución No. 003 de 14 de julio de 2008, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 002 de 2008, proferida por el Gerente de EICVIRO ESP. (folios 57-63).

* Comunicación del 20 de agosto de 2008, suscrita por el Gerente de la empresa SERPVIR SA ESP, mediante la cual solicita a la empresa Seguros Cóndor informar sobre los requisitos necesarios para la renovación de las pólizas de garantía a favor de EICVIRO ESP (folio 145)

* Resolución No. 280 del 24 de septiembre de 2008, por medio de la cual la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 002 de 2008, proferida por el Gerente de EICVIRO ESP (folios 47-56).

* Resolución No. 542 del 28 de octubre de 2008 de la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario, por la cual el municipio en cuestión asume en forma directa la prestación de un servicio público (folios 44-46).

* Certificado de existencia y representación legal de la empresa accionante SERPVIR SA ESP proferida el 29 de octubre de 2008, por la Cámara de Comercio de Cúcuta (folios 40-43).

* Escrito del representante de la actora de 25 de noviembre de 2008, mediante el cual responde a las afirmaciones formuladas por los demandados y adjunta copia de las pólizas renovadas y concepto técnico sobre la calidad del agua conforme nuevos criterios de evaluación (folios 412-427).

* Acuerdo 005 de 4 de marzo de 2005 de la Junta Directiva de EICVIRO ESP, en el cual se autorizó a la gerencia para iniciar el proceso de selección de un socio estratégico para la administración, inversión, gestión, y mantenimiento de los servicios públicos de

acueducto, alcantarillado y actividades complementarias (folios 558-560).

* Acta de audiencia pública de adjudicación de convocatoria pública No. 002 de 21 de julio de 2005, mediante la cual se adjudica a la propuesta de la U.T. AGUASANDER Ltda. como socio estratégico para la administración, inversión, gestión y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario (folios 561-565).

* Certificado de existencia y representación de U.T. AGUASANDER Ltda., expedida el 11 de agosto de 2005 (folios 566-567).

* Comunicación de marzo 8 de 2007 suscrita por la gerente de SERPVIR SA ESP y dirigida al Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, en la que tras señalar los inconvenientes sufridos por la empresa en razón del incumplimiento por parte del socio estratégico de los compromisos adquiridos, así como de las presiones políticas de los concejales porque se reduzca en un 50% el valor adeudado por los usuarios del servicio, solicita la intervención de la Superintendencia para un acompañamiento que coadyuve a solucionar la situación y evitar mayores trastornos en la prestación del servicio (folios 587-592).

* Acta No. 03 de la Reunión ordinaria de junta directiva de EICVIRO ESP celebrada el 17 de diciembre de 2007, en la que, entre otros asuntos, se trata el problema de la situación financiera, técnica y administrativa de SERPVIR SA ESP, así como lo relativo a la renovación de las pólizas y posible disolución de la empresa (folio 571-574).

* Comunicación del 28 de diciembre de 2007, mediante la cual la gerente de EICVIRO ESP informa a la Aseguradora Cóndor, que con motivo de la tutela concedida a la sociedad SERPVIR SA ESP y por la cual se ordena a EICVIRO ESP abstenerse de imponer las multas estipuladas en los estatutos de la sociedad, ésta última no tiene sanción alguna (folio 570).

* Comunicación de 26 de marzo de 2008 suscrita por el gerente de EICVIRO ESP dirigida a los socios y accionistas de SERPVIR SA ESP, en la que solicita a la Asamblea de socios acordar la disolución de la empresa, por su crítica situación financiera y por la no renovación de las pólizas que está obligada a suscribir conforme los estatutos de constitución (folios 575-578).

* Acta de la reunión celebrada el día 9 de abril de 2008 en la Alcaldía de Villa del Rosario entre la Alcaldesa del municipio, asesores de la misma y representantes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que se trata la situación actual de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en el municipio (folio 598-600)

* Copia de las comunicaciones de mayo 23, 27 y 28 de 2008, dirigidas a la Alcaldesa de Villa del Rosario y suscrita por vecinos de dos barrios del municipio, en las que solicitan medidas urgentes, ante la falta de suministro de agua (folios 601-608).

* Acta de la reunión realizada el 30 de mayo de 2008 en el recinto del concejo municipal de Villa del Rosario, entre la Alcaldesa del municipio, la Procuraduría Provincial, representantes de las empresas SERPVIR SA ESP, EICVIRO ESP, el Personero municipal y representantes de la comunidad de distintos barrios de Villa del Rosario. En ella se plantean los problemas de suministro de agua en algunos barrios, las acciones que se están adelantando y las que puedan solucionar definitivamente las irregularidades

en la prestación del servicio por parte de SERPVIR SA ESP. (folios 609-613)

* Comunicación de 16 de junio de 2008, suscrita por el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dirigida a la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario en la cual se pronuncia sobre la Resolución 02 de 2008, que ordenó la disolución y liquidación de la empresa. Indica allí el superintendente sobre la necesidad de superar los conflictos existentes, a fin de que la empresa pueda continuar su actividad y así asegurar la correcta prestación del servicio (folios 581-582).

* Comunicación del 16 de junio de 2008, suscrita por el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo y dirigida al gerente de SERPVIR SA ESP, en la que señalan las situaciones que deben ser ajustadas por el operador con miras a garantizar el suministro del servicio y la suficiencia financiera de la empresa. En ese orden, solicita remitir información sobre el proceso de selección del socio estratégico, la indicación de los aportes del mismo para el cumplimiento de las expectativas de recursos financieros con que se comprometió, indicación de las inversiones realizadas y avances en la solución del problema con la nueva línea de conducción y el detalle del funcionamiento actual de esta red (folios 583-586)

* Comunicación del 7 de julio de 2008 suscrita por la Alcaldesa del municipio de Villa del Rosario y dirigida a la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en la que informa sobre su extrañeza frente a la comunicación del Superintendente delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, explicando las situaciones observadas con la empresa SERPVIR SA ESP, el socio estratégico AGUASANDER Ltda. y en la que en definitiva manifiesta la necesidad de continuar con el proceso de disolución de la sociedad constituida (folios 593-597).

* Oficio de 17 de septiembre de 2008, suscrito por Técnicos del Área de Salud, del

Instituto Departamental de Salud, en el cual certifican como resultado del análisis de agua fisicoquímico y microbiológico del municipio de Villa del Rosario, según muestra tomada el día 9 del mismo mes, un nivel de riesgo medio. (folios 579-580).

* Escrito de 15 de diciembre de 2008, suscrito por la Alcaldesa de Villa del Rosario y el gerente de EICVIRO y dirigido al juez primero promiscuo municipal, mediante el cual lo recusan por no haber decretado unas pruebas solicitadas a tiempo, ni considerar las pruebas aportadas por ellos en el término procesal pertinente (folios 614-616).

* Comunicación de 15 de diciembre de 2008 suscrita por vecinos de la comunidad de Villa del Rosario y dirigida al juez primero promiscuo municipal, mediante la cual señalan su preocupación por la decisión de tutela proferida por ese despacho en la que se niega decretar las pruebas por ellos aportadas y solicitan por tanto decretar la nulidad de lo actuado y que el juez se aparte del conocimiento del asunto (folios 618-626).

* Comunicación del abogado representante de la empresa SERPVIR SA ESP de 19 de diciembre de 2008 y dirigida al juez primero promiscuo de Villa del Rosario, en la cual basado en las características del procedimiento de tutela, como preferente y sumario, estima que no se debe correr traslado de todos y cada uno de los memoriales presentados por los sujetos procesales. Así mismo expresa que la nulidad de lo actuado decretada por el Ad quem, no tiene fundamento como quiera que la Superintendencia de Servicios Públicos no es parte interesada en el proceso. Y finalmente recalca que contrario a lo indicado en el auto de 12 de diciembre de 2008, mediante el cual se corre traslado a la sociedad SERPVIR SA ESP EN LIQUIDACIÓN, esta empresa no se encuentra en dicho estado, máxime cuando los actos acusados en el proceso de tutela son precisamente los que propenden por tal situación (folios 627-628).

* Providencia de 19 de diciembre de 2008, mediante la cual el Juez Primero Promiscuo

Municipal resuelve la solicitud de recusación, declarándola improcedente de conformidad con el art. 39 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, no encuentra causal por la que amerite declararse impedido, pues el no decreto de las pruebas reclamadas por el accionado como causal justificativa, no es motivo que determine el deber de separarse del conocimiento del asunto, toda vez que los documentos allegados se han considerado suficientes para determinar la situación de hecho que debe conocer el juez para fallar en el proceso de tutela (folios 630-632).

* Providencia del 15 de enero de 2009, de la Juez Civil del Circuito de Los Patios, mediante la cual rechaza de plano la recusación alegada, conforme lo establecido en el art. 152 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (folios 18-19 del segundo cuaderno).

1.7. Actuación procesal a instancias de la Corte constitucional y pruebas recaudadas.

1.7.1. El 6 de julio de 2009, mediante auto de Sala de Revisión, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional y para los efectos de resolver el asunto y determinar con claridad la situación que presenta la prestación del servicio público de acueducto en el municipio de Villa del Rosario, se decretaron diferentes pruebas y se suspendieron los términos (folios 28-29 del tercer cuaderno).

1.7.2. Como a septiembre 23 de 2009 no se había recibido una de las pruebas documentales solicitadas, mediante auto de 24 de septiembre del año en curso, suscrito por el magistrado sustanciador, se requirió nuevamente a la Superintendencia de Industria y Comercio remitir la resolución de ellos requerida (folio 333 tercer cuaderno).

1.7.3. Fruto de una y otra actuaciones se incorporaron al expediente los siguientes documentos:

* Oficio recibido el 23 de julio de 2009, en el que la Cámara de Comercio de Cúcuta informó sobre el trámite dado a los recursos de reposición y apelación interpuestos

por la empresa EICVIRO ESP contra la decisión de esa Cámara, de no registrar la escritura pública No. 180 de 17 de abril de 2009, que protocoliza la Resolución no. 002 de abril de 2008, mediante la cual EICVIRO ESP ordenaba la disolución de la sociedad SERPVIR SA ESP (folios 36-221 tercer cuaderno).

Dentro de la documentación suministrada por la Cámara, se encuentra la Resolución No. 213 de 10 de junio de 2009 proferida por esta misma entidad, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por EICVIRO ESP, confirmando la decisión de no inscribir la escritura mencionada y con la que se protocoliza la Resolución 002 de 2008 de EICVIRO ESP, aduciendo como argumentos los siguientes: 1) Las cámaras de comercio son entidades privadas que cumplen funciones públicas por delegación y en ese tanto, se someten a los principios de “celeridad, eficacia y buena fe”. 2) En cuanto a las funciones de inscripción de actos y documentos, se señala que es reglada, con atribuciones de control estrictamente formal, de modo que sometido un documento para registro, la Cámara debe verificar si el mismo reúne los requisitos estatutarios y legales para proceder a la inscripción, actuación que no se realizará en caso contrario. 3) Así pues y en atención a lo previsto en los estatutos de SERPVIR SA ESP, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 218, 219 y 220, 189, 431 y 158 del Código de comercio y en la Ley 142 de 1994, artículo 19.12 que contempla como causales para la disolución de empresas privadas de servicios públicos, sólo las dispuestas en el art. 457 del Código de comercio o el que las acciones llegaren a pertenecer a un solo accionista, concluye que la disolución de las sociedades de servicios públicos debe someterse a las reglas que operan para las sociedades anónimas, artículos 218 y 457 del Código de comercio y que el órgano encargado de declarar la disolución de la sociedad será la Asamblea general de accionistas. Lo anterior también bajo el entendido de que la disolución anticipada de una sociedad “reviste el carácter de reforma estatutaria que, como tal, debe ser adoptada por dicho órgano social”. 4) El anterior marco normativo sirve a la Cámara para señalar que si bien en el artículo 74 de la escritura de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP se estableció la posibilidad de dar por terminada la sociedad por cuenta de EICVIRO ESP, sin embargo la ley ha señalado unos requisitos especiales que deben observarse para lograr la eficacia de las causales de disolución estipuladas en los estatutos y que son: el reconocimiento por parte del máximo órgano social (acta de asamblea de accionistas), el solemnizar el acta respectiva por escritura pública e inscripción en el registro mercantil. 5) Toda vez que tales requisitos no se han reunido, la

Cámara de Comercio de Cúcuta no repone la observación realizada el 23 de abril de 2009, relacionada con la no inscripción de la resolución de disolución y la devolución del documento presentado por la sociedad EICVIRO ESP (folios 202-212, tercer cuaderno).

* Oficio recibido el 23 de julio de 2009, suscrito por la Coordinadora del Grupo de defensa judicial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el cual se informa sobre el estado actual de la prestación del servicio de acueducto de Villa del Rosario (folios 222-227, tercer cuaderno). Al respecto indica que según el registro único de prestadores, el servicio público de acueducto y alcantarillado es prestado por SERPVIR SA ESP. Después de hacer un recuento del origen de esta entidad y de señalar su constitución mediante el aporte mayoritario de un socio estratégico y el aporte minoritario de EICVIRO ESP, eran responsabilidades y compromisos del primero: “la gestión de los recursos necesarios para el desarrollo del cumplimiento del Plan de obras e inversiones”, el “pago de las deudas de operación”, el “cubrimiento del déficit operacional inicial y la ejecución del POI” (plan de obras e inversiones) con recursos propios o a través de créditos, y cumplir con “los indicadores establecidos en el Programa de Gestión” firmado por EICVIRO, el municipio de Villa del Rosario y la Superintendencia de servicios públicos.

Creada la nueva empresa, ésta solicitó una reformulación del referido plan, por la imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas por EICVIRO ESP y ante el incumplimiento del socio estratégico y del municipio de efectuar los aportes a que se habían comprometido. Se informa además que la Superintendencia ha realizado seguimiento al cumplimiento del programa reformulado, del que concluye que “la Empresa SERPVIR SA ESP ha adelantado las actividades necesarias para el cumplimiento de los compromisos adquiridos con vencimiento a diciembre 31 de 2009”. Y teniendo en cuenta actividades pendientes, es posible estimar que “a marzo 31 de 2009 el grado de avance general del programa es de un 70% aproximadamente”(folio 225, tercer cuaderno).

Dice también que el aporte del socio estratégico de 305 millones de pesos ha servido

para pagar las deudas con trabajadores, parafiscales, y proveedores. Sin embargo, observa que “persisten problemas de continuidad en el servicio” que en la actualidad se presta entre “3 y 4 veces al mes”, situación que se explica por SERPVIR SA ESP en razón a las “condiciones de vulnerabilidad del sistema” y a la “falta de inversión necesaria para atender la operatividad de la empresa” (folio 225, tercer cuaderno). En el transcurso de 1 año, SERPVIR ha instalado 770 medidores de los 4.000 a que se ha comprometido para fines de 2009. Existen empero compromisos con bajos porcentajes de ejecución como es el caso de reposición de redes y sectorización a cargo de la empresa, y el giro de subsidios a cargo de Municipio. También indican que han recibido quejas de la ciudadanía por el cambio de los consumos promedios que utiliza SERPVIR SA ESP, así como asuntos relacionados con la inadecuada prestación de los servicios. Tales denuncias se han atendido reclamando información al prestador del servicio, mediante cinco (5) oficios remitidos entre marzo y mayo de 2009. Por último, en el marco del control tarifario que realiza la Superintendencia, ésta solicitó a SERPVIR SA ESP en marzo del año en curso, información sobre las inversiones contempladas en el plan de inversiones, y en junio se sostuvo una reunión con el gerente de la entidad en donde se entrega información sobre el soporte del cálculo de las tarifas, cobros de tarifa por promedio, inversiones y desmonte de subsidios.

Se adjunta al oficio anterior, un disco compacto que contiene las actas de las reuniones sostenidas entre la superintendencia y la empresa SERPVIR SA ESP con la comunidad y con la Alcaldía del municipio de Villa del Rosario, para atender denuncias, verificar el estado de la prestación del servicio y definir el avance en el cumplimiento de los compromisos suscritos en el plan de gestión. En ellos se da cuenta con mayor detalle de la información suministrada en el informe que remite la Superintendencia de Servicios públicos a la Corte constitucional (folio 227, tercer cuaderno).

* Resolución No. 41970 de 25 de agosto de 2009, suscrita por la Jefe de División de las Cámaras de Comercio de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se confirma la decisión de la Cámara de Comercio de no inscribir la escritura pública mediante la cual se protocolizó la Resolución 002 de 2008 de EICVIRO ESP que ordena la disolución y liquidación de SERPVIR. Acto administrativo que se adoptó, no sólo de

conformidad con lo previsto en los estatutos sociales, en consonancia con el Código de Comercio, sino también a partir del concepto de la Superintendencia de Sociedades remitido mediante oficio 220-054599 de marzo 19 de 2009, en el cual se observa que la decisión de disolver y liquidar las sociedades comerciales, dentro de las cuales están las empresas de servicios públicos, fue asignada por el legislador al máximo órgano social, esto es, a la junta de socios o asamblea de accionistas (folios 336-349, tercer cuaderno).

1.7.4. Así mismo, durante el trámite de la tutela a instancias de la Corte constitucional, las partes allegaron los siguientes documentos adicionales:

* Comunicaciones del 17 de marzo y 23 de abril de 2009, de la Cámara de Comercio de Cúcuta y dirigidas a SERPVIR SA ESP, en las cuales devuelve los documentos a ella remitidos relacionados con la disolución de la empresa SERPVIR SA ESP, por cuanto se debe enviar el acta del órgano social competente donde se aprueba la decisión de disolver la sociedad y nombrar el liquidador, además de todos los requisitos dispuestos en los arts. 431 y 189 del C.Co. (folios 18-19 del tercer cuaderno)

* Comunicación de 19 de marzo de 2009, suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Sociedades y dirigida al Senador Juan Manuel Corzo Román, mediante la cual conceptúa sobre las resoluciones que ordenaron la disolución y liquidación de la sociedad SERPVIR SA ESP (folios 13-17 tercer cuaderno) .

* Comunicación de mayo 6 de 2009, por medio de la cual el Gerente de EICVIRO ESP y la Alcaldesa de Villa del Rosario interponen recurso de reposición y en subsidio de apelación contra las decisiones de la Cámara de Comercio de Cúcuta en las cuales se niega la inscripción de los actos de disolución y liquidación de la sociedad SERPVIR SA ESP (folios 20-27 tercer cuaderno).

* Comunicación del 26 de agosto de 2009 (folios 228-231, tercer cuaderno), con la cual se anexa: el análisis de los estados financieros de SERPVIR SA ES de 23 de agosto de 2009 (folios 232-233, tercer cuaderno); comunicación de 16 de junio de 2009 suscrita por el Gerente EICVIRO ESP y dirigido a la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en el que se cuestiona la valoración que ésta entidad ha hecho sobre el grado de cumplimiento de SERVIR SA ESP al programa de gestión suscrito y con fecha de culminación a diciembre de 2009 (folios 251-256, tercer cuaderno); copias autenticadas de las fotografías tomadas en diferentes puntos del municipio de Villa del Rosario, con las que se muestra el estado de las instalaciones del acueducto, tanques de filtración del agua, escapes que afloran a la vía pública, puntos del acueducto en domicilios sin caja ni medidor, vertidos de aguas negras, etc. (folios 257-267, tercer cuaderno); informes de la prensa regional sobre la prestación del servicio público en cuestión y el alza en las tarifas (folios 268-275, tercer cuaderno), formatos cumplimentados por miembros de la comunidad calificando el servicio de acueducto y el suministro de agua potable que les son prestados (folios 276-320, tercer cuaderno).

* Oficio del 28 de agosto de 2009, suscrito por la Directora técnica de gestión de acueducto y alcantarillado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se presenta al presidente de la Junta de Acción Comunal de Piedecuesta, Villa del Rosario, el informe de resultados de la vigilancia especializada a la empresa SERPVIR SA ESP (folios 323-331, tercer cuaderno). En él, tras referirse a las reuniones, solicitudes de información y visitas técnicas de verificación, se formulan conclusiones sobre los siguientes puntos: 1) En cuanto al cobro a usuarios sin medición, reconoce que, contrario a lo efectuado por SERPVIR SA ESP, “no está previsto legalmente un promedio específico de consumo por estrato, razón por la cual la determinación de un promedio histórico o colectivo dependerá de las condiciones particulares del usuario (...)”. Por ello, dice haber requerido a la empresa para que informe sobre las acciones que emprenderá para facturar a usuarios sin medición y también indica que “solicitará apertura de investigación al prestador (...) para que se tomen las medidas del caso y se evalúe [sic] las posibles devoluciones y se ordenen los ajustes a la facturación (...)” (folio 325, tercer cuaderno). 2) Respecto del control tarifario, por una parte analiza el estudio de costos, los cuales habiendo sido requeridos a agosto 18 del año en curso, aún no habían

sido reportados. Por esta razón le fue impuesta una multa. Recibido en físico un informe de costos de “junio 9 de 2009”, tras su análisis por el organismo de inspección, aprecia que i) se encuentran unos costos que no fueron aprobados por la CRA, por lo que se encontraría “presuntamente omitiendo”, resoluciones sobre la materia; ii) no registra puntos de bombeo, conforme lo dispuesto en las normas aplicables, por ello “no se puede comparar la cantidad de puntos de bombeo oficiales por parte de la empresa”; iii) se presentan cálculos de energía diferentes a los registrados en las cuentas; iv) en el cálculo del valor de activos, la empresa no especifica los activos incluidos; v) sobre el valor presente de inversiones, se solicita explicación del “componente de inversiones y aclarar por qué no coincide el valor de las tablas presentadas”; vi) observa inconsistencias en el costo medio de inversión de los terrenos; vii) se asigna “un valor igual al valor de los terrenos para los años del Horizonte de proyección de la demanda y [se] calcula el valor actual con una tasa de descuento de 14.58%”, contrariando presuntamente las disposiciones jurídicas a las que está sujeta; viii) existen inconsistencias en el cálculo del valor presente de la demanda; ix) “la empresa decide incluir en la tarifa el 40% del Valor Presente de las Inversiones para el servicio de alcantarillado, por lo cual se solicita aclarar la decisión tomada y explicar cómo va a realizar el cumplimiento de las metas de inversión”; x) no hay claridad sobre el cálculo de la tasa retributiva, en particular en cuanto al “valor del volumen de vertimientos facturados” (folio 326, tercer cuaderno). Respecto del seguimiento a la inversión, en marzo 27 de 2009 se requiere a la empresa para que informe sobre la ejecución de inversiones frente a lo aplicado en el estudio de costos, de lo cual a la fecha (28 de agosto de 2009) no ha recibido respuesta, requiriendo su remisión de inmediato.

3) Sobre los subsidios, observa la Superintendencia que, en cuanto a su manejo, los aprobados en 2007 por el Concejo Municipal, no coinciden con los solicitados por la empresa, por lo que se solicita enviar la explicación correspondiente ofrecida por la Alcaldía del municipio; respecto de la proyección de subsidios para el año 2008, remitida en julio de 2007 por SERPVIR SA ESP, se aprecia que los cálculos allí consignados no coinciden con los de la Superintendencia, por lo cual solicita aclaración. También le pide una relación de los subsidios solicitados para los años 2007 y 2009, así como una relación de los girados por la Alcaldía desde 2005 (folio 327, tercer cuaderno). Frente al desmonte de subsidios, el 6 de junio de 2009, el gerente de la empresa manifestó que “se estaba [sic] aplicando las contribuciones a estratos

aportantes, pero no estaba asignado subsidios a estratos subsidiables porque los estaba registrando en una cuenta contable”, lo cual, indica la Superintendencia, “presuntamente no concuerda con el procedimiento del Artículo 3 del Decreto 057 de 2006” (folio 328, tercer cuaderno). Así mismo, el 12 de junio de 2009, la entidad de inspección y vigilancia solicitó información sobre la cuenta contable mencionada, al igual que el soporte de contabilidad y el cronograma que tiene dispuesto la empresa para el giro de los recursos a los estratos subsidiables. Sin embargo, indica a continuación que no ha recibido aún respuesta.

4) Como resultados de la visita técnica, aprecia sobre el sistema de acueducto entre otros asuntos:

- i) falta de mantenimiento a los desarenadores de la planta de tratamiento;
- ii) existencia de un laboratorio de agua que no se encuentra aprobado por el Ministerio competente, ni inscrito en el programa de calidad del agua potable;
- iii) la continuidad del servicio no es de 24 horas al día;
- iv) la cobertura del acueducto es del 71,94%;
- v) la empresa no tiene instalados macromedidores.

Respecto del sistema de alcantarillado, observa que

- i) la cobertura del servicio es de 78,38%;
- ii) no existe sistema de tratamiento de aguas residuales ni diseños o planeación alguna al respecto;
- iii) se verificaron 3 puntos de vertimiento al río Táchira, así como otros sobre caños y fuentes de agua existentes, por falta de infraestructura de redes;
- iv) existe urbanización sin redes de alcantarillado;
- v) no existe coordinación entre las instituciones encargadas de planear, construir y operar el sistema de redes;
- v) el municipio presenta deficiencias en la infraestructura de redes de alcantarillado, generando problemas e inconformidades sobre todo el municipio. La empresa indica que gestiona recursos para solucionar la problemática;
- vi) SERPVIR SA ESP debe aclarar información suministrada sobre tratamientos de agua que no coinciden con lo verificado;
- vii) la empresa no cuenta con un manual de operación ni un plan de contingencias ante eventualidades, sólo posee un manual muy general preventivo y correctivo de los componentes del sistema; actualmente la empresa se encuentra elaborando los manuales de procedimiento;
- viii) “se evidencia presunta facturación de servicios no prestados, en algunos casos, donde se cobra el servicio de alcantarillado o de acueducto en zonas en donde no existen redes”. Sobre el cumplimiento de los procesos de medición, observa la Superintendencia que el prestador

- i) “presuntamente no cumple con lo establecido en el debido proceso en las actuaciones administrativas de retiro y cambio de medidores”;
- ii) no deja medidores provisionales cuando retira los que lleva a revisión;
- iii) no se evidencia que informe a los usuarios el derecho que tienen a adquirir a libre escogencia el

instrumento de medición, o a solicitar asesoría de un técnico durante las visitas de revisión o de retiro de medidor; iv) “el acta de visita de intervención al medidor no contiene lo exigido en el debido proceso”; v) no se informa al usuario la fecha exacta de medición; vi) por incumplimiento de las exigencias de la entidad nacional de acreditación competente, los conceptos emitidos por el laboratorio de la empresa sobre limpieza de medidores y pruebas de caudal, “no se consideran válidos”; vii) los medidores instalados cuentan con el correspondiente certificado de calibración. En cuanto a la calidad del agua, la entidad de vigilancia efectuó una evaluación a la información suministrada por el Instituto Nacional del Salud para el año 2008, encontrando “presuntos incumplimientos a los parámetros establecidos (...) por lo cual el agua suministrada para el año 2008 se considera no apta para consumo humano” (folio 330, tercer cuaderno).

Finalmente concluye que “es preciso mencionar que a partir de los resultados de la vigilancia especializada que se realizó a SERPVIR se encontraron omisiones a la normatividad en temas relacionados con medición, calidad de agua, prestación del servicio, tema tarifario y reporte de información al Sistema Único de Información SUI; por lo cual se solicitará apertura de investigación al prestador por estos temas para que se tomen las medidas del caso y se evalúe las posibles devoluciones y se ordenen los ajustes a la facturación y la devolución respectiva a los usuarios a que haya lugar” (folio 331, tercer cuaderno).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala Número Cuatro de Selección, de tres de abril de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

2.1 Competencia

2. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en las demás disposiciones pertinentes, así como por haberse escogido por la Sala de Selección.

2.2 Problema jurídico

3. De conformidad con lo solicitado por el demandante, la Sala debe resolver como problema jurídico si las Resoluciones No. 002 y 003 de 2008, proferidas por el Gerente de la Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario EICVIRO E.S.P, con las cuales se ordena la disolución y liquidación de la sociedad SERPVIR SA ESP y se confirma en reposición tal acto, respectivamente, vulneran el debido proceso y el derecho de igualdad. Del mismo modo debe resolver si las Resoluciones Nos. 280 y 542 de 2008, esta vez de la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario y con las que, en su orden, se confirma en apelación la referida decisión del Gerente de EICVIRO ESP y se declara que el municipio asume en forma directa la prestación de un servicio público de acueducto y alcantarillado, hacen otro tanto.

4. Sin embargo, como oportunamente lo analiza el juez de segunda instancia, antes de atender tal cuestionamiento de fondo debe la Sala determinar si en el presente proceso se reúnen las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, en aras de determinar si ésta es la vía procesal o el mecanismo judicial para dirimir de modo transitorio, o definitivo, según sean las circunstancias comprobadas, el conflicto de derechos e intereses que se suscita en la presente acción.

En efecto, en la sentencia de segunda instancia ya referida, el Juez Civil del Circuito de Los Patios, Norte de Santander, revocó la decisión apelada que había concedido la tutela de los derechos de la accionante y, en su lugar, decretó la improcedencia de la acción. Lo anterior, en atención a que no se configuran las condiciones exigidas por la ley y desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, tanto sobre la legitimidad pasiva como respecto a la existencia de un perjuicio irremediable que justifique el ejercicio de esta acción y no de los mecanismos judiciales ordinarios previstos para solucionar el conflicto que en este asunto se presenta.

5. Con tal propósito la Corte analizará, en primer lugar, la procedibilidad de la acción (2.2.1.). En segundo lugar y sólo el evento en el que se concluya que la tutela es procedente, entrará a estudiar las cuestiones de fondo planteadas por el accionante (2.2.2.).

2.2.1. Procedencia de la acción de tutela

6. Hace parte esencial del derecho de acceso a la justicia y en particular del debido

proceso de la acción de tutela, el verificar si este mecanismo es el procedente como forma de amparar los derechos fundamentales cuya vulneración se alega.

7. Esta cuestión de la procedencia de la acción, que de ordinario suele ser una pregunta preliminar y formal en todo proceso, en el caso de la tutela, empero, trasciende a las formas y se convierte en asunto de radical importancia a la hora de administrar justicia, pues con su estudio se debe determinar si el problema jurídico planteado por el demandante, ha de ser atendido a través de esta acción privilegiada del orden constitucional, llamada a proteger los bienes más preciados para el Estado social de Derecho.

8. Este asunto tiene dos vertientes. La subjetiva, que viene a establecer si las partes del proceso, accionantes y accionados, poseen legitimidad procesal por activa o por pasiva, es decir, interés para actuar en la controversia judicial por la afectación de sus derechos fundamentales o por haber participado en su presunta vulneración. Y la objetiva que se pregunta si la acción de tutela procede ante la inexistencia de otros mecanismos judiciales, o ante la ineficacia e inidoneidad de los existentes, buscando en todo caso evitar la ocurrencia de un inminente perjuicio irremediable.

9. Por ello, debe la Sala entrar a analizar si la acción de tutela es procedente en este asunto, al reunirse los requisitos de orden subjetivo (2.2.1.1); acto seguido entrará a valorar los aspectos objetivos de la misma, para lo cual retomará la jurisprudencia constitucional (2.2.1.2.); por último estudiará en el caso concreto, el cumplimiento o no de tales requisitos (2.2.1.3.).

2.2.1.1. Aspectos subjetivos³.

10. La procedibilidad de la acción de tutela desde el punto de vista subjetivo, debe analizar tanto lo relacionado con la legitimidad por activa como por pasiva.

11. En desarrollo de lo anterior, pasa la Sala a determinar si SERPVIR SA ESP es titular de los derechos fundamentales reclamados o de otros que encuentre el juez constitucional afectados y, por ende, si está legitimada por activa para interponer la presente acción (2.2.1.1.1). Así mismo, deberá establecerse si la accionada, esto es, EICVIRO ESP, como empresa industrial y comercial del nivel municipal que actúa como

socio minoritario de SERPVIR SA ESP y profiere buena parte de los actos acusados, puede ser considerada como sujeto pasivo de la acción que esta última impetra. Mas, como también se ejerce la acción contra actos de la Alcaldesa de Villa del Rosario, igualmente será determinado aquí si la misma reúne los requisitos para reconocer su legitimidad pasiva (2.2.1.1.2.).

2.2.1.1.1. Legitimación activa

12. De manera clara y reiterada ha expuesto esta Corporación que las personas jurídicas son titulares de derechos. Y por obra del desarrollo normativo de la personalidad jurídica en las personas morales, éstas ejercen derechos de diversa índole, dentro de los cuales se incluyen buena parte de los derechos fundamentales⁴.

Como se ha dicho de tiempo atrás por la jurisprudencia constitucional⁵, la “persona jurídica es apta para la titularidad de derechos y deberes”. Tal aptitud “es la adecuada disposición para dar o recibir, para hacer o soportar algo, y la persona jurídica puede (tiene la dimensión jurídica de la facultad) y también debe (soporta el deber frente a sus miembros y frente a otras personas jurídicas o naturales)”. Es decir, disposición jurídica para que se le otorguen o reconozcan derechos y deberes, o en otros términos, calidades propias de ser persona.

13. En cuanto a los derechos fundamentales, también se ha dicho reiteradamente, que en las personas jurídicas concurren tanto los individuales de los socios, como los colectivos o propios de la racionalidad y autonomía de la sociedad, que determinan el objetivo común o fin colectivo propuesto.

14. Para que la tutela proceda, entonces, en lo que hace a la legitimación por activa, la persona jurídica deberá reclamar los derechos que estime vulnerados pero que representen su dimensión o faceta iusfundamental⁶, y no como simples manifestaciones de derechos de contenido patrimonial y prestacional es decir, los destinados a proteger la gestión de un capital empresarial, el reconocimiento de unos gastos, el reparto de unas utilidades, etc.

15. En el presente asunto, como quiera que los derechos constitucionales que se alegan violados por las resoluciones objeto de tutela, son el debido proceso y la igualdad, en la

medida en que tales derechos tienen raigambre constitucional fundamental y son reconocibles en cabeza de las personas jurídicas como es el caso de SERPVIR SA ESP, observa la Sala que ésta se encuentra legitimada por activa para interponer la presente acción.

16. Y en concordancia con lo señalado por la jurisprudencia constitucional⁷, también cumple con los requisitos de legitimación en la causa por activa, en tanto acreditó mediante Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Cúcuta, la existencia de la persona jurídica demandante, constituida a través de escritura pública No. 0319 de 13 de agosto de 2005, suscrita ante la Notaría Única de los Patios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Comercio. Así mismo se adjunta poder de representación judicial debidamente conferido por su representante legal de SERPVIR SA ESP (folios 38-43).

1. Legitimación pasiva

17. La presente acción se interpuso en contra de las decisiones adoptadas por EICVIRO ESP, mediante las cuales ordenó la disolución y liquidación de la empresa SERPVIR SA ESP, fundadas en la atribución reconocida en el parágrafo primero del art. 74 de los estatutos de constitución de esta última (Resoluciones 002 y 003 de 2008). Así mismo es objeto de la acción, el acto de la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario por medio del cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra las decisiones anteriores, confirmándolas y el acto que ella misma expide con el cual el Municipio de Villa del Rosario asume directamente la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, a través de la empresa EICVIRO ESP (Resoluciones Nos. 280 y 542 de 2008, respectivamente).

18. Según se indica en diversos documentos obrantes en el expediente, EICVIRO E.S.P. es una empresa industrial y comercial del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio⁸.

19. A este respecto hay que recordar que, las empresas industriales y comerciales del Estado en cualesquiera de sus órdenes (nacional, departamental, municipal), no obstante

su posición dentro de la estructura de la Administración pública (art. 38 de la Ley 489 de 1998) como entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva del poder público, y, no obstante algunos de sus servidores públicos se someten al régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁹, al prestar servicios públicos o también al asociarse con particulares para la constitución de empresas prestadoras de servicios públicos, no ejercen potestades administrativas, sino sólo excepcionalmente. Pues, en general, por el tipo de actividad que desarrollan, están sometidas al Derecho privado (artículo 85 de la Ley 489 de 1998). Más aún cuando su objeto social es el de la prestación de servicios públicos, pues en este caso, igualmente su régimen ordinario es el establecido en la ley de servicios públicos que rija la actividad y en lo demás, conforme a lo previsto en el Derecho privado, tanto por su constitución y organización empresarial (art. 19, 15 de la Ley 142 de 1994), como respecto de sus actos y contratos (artículo 32 de la Ley 142 de 1994¹⁰).

Es cierto que en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se distingue entre las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas, y en algunas materias específicas se consagran diferencias en cuanto al régimen jurídico que deben aplicar, según la naturaleza pública o privada de las mismas¹¹. Con todo, en cuanto a su actividad como prestadoras de servicios públicos, se establece un régimen jurídico homogéneo o idéntico para las distintas empresas que pueden en la práctica desarrollar dicha actividad: industriales y comerciales del Estado, oficiales, mixtas, o privadas.

20. Ahora bien, aparte de los asuntos anteriores y con independencia de la naturaleza jurídica de la empresa, la jurisprudencia del Corte constitucional y del Consejo de Estado, han reconocido excepciones a la regla de aplicación del derecho común, con base en la posición que adquiere para determinados asuntos el prestador del servicio.

En este sentido se dijo en la sentencia C-263 de 1996:

“Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público”¹². En consecuencia, continúa luego la Corte, “si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios

que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derecho de los administrados”.

De modo similar, observó en Auto S-701 de 23 de septiembre de 1997 el Consejo de Estado¹³:

“En síntesis, puede aceptarse que pese a la insistencia de la ley en el sentido de que los actos y contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios estarán sometidos al derecho privado, la realidad que muestra la interpretación armónica de la ley en concordancia con la carta es otra, porque: a) El régimen jurídico del contrato de servicios públicos (...) nunca será puro, sino más bien de derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin destacar dada la calidad de dicho sujeto, que se puede dar la prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro”. (...). b) Porque las empresas de servicios públicos, fuera de expedir actos privados pueden expedir también actos administrativos, así sean particulares y como son los enunciados en el inc 1º del art 154 de la misma ley.

En este orden de ideas, se anota:

1 - . Que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (art 32), salvo los enunciados en el antecitado inc 1º del art 154, que serán materialmente actos administrativos, susceptibles de los recursos de reposición ante la persona o entidad que los dicte (sea pública o privada) y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la cual, para estos efectos, tal como lo señaló también la Corte Constitucional, es superior jerárquico desde el punto de vista funcional, que no orgánico, de todas las empresas, así sean éstas privadas o particulares.

En suma, los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que decidan la negativa a contratar, la suspensión, terminación, corte y facturación, es decir, los actos que niegan o afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, son administrativos, susceptibles tanto de los recursos previstos en el art 154 de la ley 142,

con los requisitos y modalidades previstos en dicha norma, como de las acciones contenciosas administrativas correspondientes, tal como se infiere de la normatividad analizada y de las decisiones de la Corte Constitucional antecitadas.

2 - . Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts 128 y ss de la ley 142, , están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción ordinaria. Que, en cambio, el de servicios públicos mencionado, que crea entre las partes una relación de derecho público (contrato empresa - usuario para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutados, telefonía móvil rural y distribución de gas - art. 14.21), está sujeto reglamentariamente, en principio, a la ley 142 y a otras normas de derecho público, además de estar sometido al derecho privado, ya que presentan un doble régimen o, mejor, un régimen mixto o especial. De un lado, la parte contractual propiamente dicha regida, en principio, por las reglas de la contratación privada; y de otro, la parte reglamentaria de derecho público, impuesta por la ley y los reglamentos del servicio, de obligatorio acatamiento. Régimen especial que muestra, como sucede con los contratos estatales, que los aludidos contratos tampoco pueden confundirse o asimilarse con el contrato privado, en el cual rigen con todo su rigor los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y la libre discusión de sus derechos y obligaciones, que aparecen seriamente atenuados en aquéllos” 14.

21. Pues bien. En el expediente se encuentra acreditado que la empresa industrial y comercial del orden municipal EICVIRO, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos municipales domiciliarios de agua potable y alcantarillado (art. 2º)¹⁵, actuando en el marco de sus competencias legales¹⁶ y estatutarias¹⁷, constituyó, en asocio con particulares, la sociedad comercial por acciones SERPVIR SA ESP, para la prestación de dichos servicios públicos domiciliarios¹⁸. También consta que, según lo dispuesto en el artículo 10 de los estatutos de constitución de la empresa SERPVIR SA ESP, EICVIRO participa como socio minoritario¹⁹ y, en atención a lo previsto en los mismos estatutos, la empresa EICVIRO asume funciones de supervisión de la operación del servicio (artículo 69), a más de otras facultades como la de “disolver y liquidar la sociedad por la acumulación de cinco sanciones en un período de 12 meses” (artículo 70, párrafo 2º), y, la de “terminar” la sociedad constituida y liquidarla, en el

caso de “mantenerse el incumplimiento” de “no renovación de las pólizas en los plazos establecidos”, pólizas que deben ser adquiridas bien por la sociedad SERPVIR SA ESP (artículos 74, párrafo 1º), bien por el socio estratégico (artículo 75)20.

22. La pregunta que se formula ahora la Sala es si la accionada, como entidad pública descentralizada por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público, al proferir las Resoluciones 002 y 003 de 2008, actuó con base en las competencias o prerrogativas de derecho público que con carácter residual se reconocen en cabeza de este tipo de entidades, o, si por el contrario, lo hizo en el marco de su actividad societaria y comercial, como socio de SERPVIR SA ESP.

23. Para los efectos de resolver el punto bajo análisis y sólo para ello, la Corte constitucional estima que la Resolución 002 de 2008, que ordenó la disolución y liquidación de la empresa SERPVIR SA ESP, a pesar de haberse configurado a través de sus elementos puramente formales como acto administrativo, por su razón de ser (la no renovación de las pólizas a que estaba obligada la empresa) y por el fundamento jurídico en el que se soporta (aplicación de la competencia reconocida en el artículo 74 de los estatutos de constitución de la sociedad), es un acto societario, no de poder público. Es decir que, con independencia de su validez, se produjo como manifestación de las prerrogativas reconocidas en los estatutos de constitución de SERPVIR SA ESP, para que como socio minoritario pudiera determinar la concreción de las condiciones que dieran lugar a una disolución anticipada de la sociedad21.

24. Desde esta conclusión, esto es, que EICVIRO ESP actuó en este asunto sometida al régimen de Derecho privado, pues la actuación objeto de reproche representa el ejercicio de una prerrogativa o poder societario, la Sala debe evaluar la procedencia de la acción de tutela según los requisitos previstos en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991.

25. Como se manifestó en la sentencia T-1212 de 2004, la Corte constitucional “ha sostenido que la acción de tutela procede no sólo frente a las actuaciones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen los derechos fundamentales, sino también frente al actuar de los particulares cuando éstos asumen la prestación de un servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un

desequilibrio a una relación en principio entre iguales²².(...) Sin embargo, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la sola circunstancia de que una empresa preste un determinado servicio público no la convierte, ipso jure, en sujeto pasivo de la acción de tutela²³. De ahí que, '(...) de acuerdo con el sentido teleológico de la norma, es necesario (...) que la vulneración del derecho fundamental se produzca con ocasión de la prestación de dicho servicio...'24. En estos términos, es necesario que la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, traspase la mera relación contractual y se desarrolle bajo el modelo 'usuario-servidor', evento en el cual es procedente la acción de amparo constitucional" (resaltados fuera de texto).

26. En el presente asunto, encuentra la Corte que la entidad contra quien se ejerce la acción de tutela es, en efecto, una empresa de servicios públicos. Sin embargo, ésta no sostiene con los demandantes una relación de "usuario-servidor" y por tanto no se cumple un primer supuesto de procedibilidad de la acción. Al contrario, entre demandante y demandada existe la relación que se da entre sociedad y socio (Estatutos de constitución de la sociedad, folio 193). Por eso, la presunta vulneración de derechos fundamentales que se alega, debe ser analizada desde tal perspectiva, como manifestación de atributos conferidos por el acto societal por excelencia, es decir, los actos de constitución de la sociedad y sus Estatutos (folios 193-214) y no como ejercicio de competencias de Derecho público.

Así, no obstante EICVIRO ESP alega a favor de la legalidad y competencia con que se expidieron los actos atacados sobre la disolución y liquidación de SERPVIR SA ESP, que son resoluciones suscritas por el gerente de la entidad, cuyas decisiones como servidor público se expresan a través de actos administrativos, este alegato formal no transmuta la naturaleza societaria en que se funda.

Por tanto, no se configura este primer supuesto para admitir la legitimidad por pasiva de la accionada EICVIRO ESP.

27. Igualmente ha dicho la jurisprudencia que procede la tutela frente a particulares, cuando se compromete un interés colectivo²⁵.

28. A este respecto, en el presente asunto estima la Sala de Revisión que se encuentra

acreditado cómo la actuación de EICVIRO ESP objeto de acusación en este proceso, posee entidad suficiente para comprometer el interés colectivo. Porque, en efecto, la decisión de disolver y liquidar la empresa SERPVIR SA ESP, podría afectar aún más la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado del Municipio de Villa del Rosario, de por sí poco eficiente, según se desprende de las pruebas relacionadas, en especial en los apartados 1.7.3. y 1.7.4. de esta providencia. De allí, precisamente que la Alcaldesa del Municipio haya expedido la Resolución No. 542 de octubre 28 de 2008, por medio del cual éste último asume en forma directa la prestación del servicio público en cuestión (folios 44-46).

29. En este orden de ideas, distinto a lo observado por el Ad quem, la Corte concluye que, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la actuación de EICVIRO con todo y responder al ejercicio de facultades regidas por el Derecho societario, por tener la capacidad de afectar el interés colectivo, hace procedente la acción de tutela.

30. No pasa por alto la Sala, que EICVIRO ESP, a más de la Resolución 002 de 2008, también profirió la número 003 del mismo año, con la que resuelve el recurso de reposición en vía gubernativa que concedía aquella y que en efecto interpuso la empresa SERPVIR SA ESP. Este acto, sin embargo, no altera la consideración anterior, pues el hecho de proferirlo, no convierte a EICVIRO ESP en autoridad administrativa, ni le resta su calidad de socio minoritario con poderes de excepción, dispuestos no por virtud de ley o en desarrollo de ella, sino por el acto de voluntad entre las partes que suscribieron el contrato de sociedad.

31. Ahora bien, como igualmente son acusadas las Resoluciones 280 y 542 de 2008, proferidas por la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario, actos que presuntamente han participado en la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, debe la Corte estimar frente a esta autoridad, la legitimidad procesal bajo análisis.

32. Sobre el particular, la Sala de Revisión observa que, no obstante el poco claro sustento normativo en el que se sienta la Resolución 280, al constituirse en la decisión que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra un acto producido por un socio minoritario para definir una determinada situación en el desarrollo de la actividad

social²⁶, en todo caso se profiere ya no por un accionista de la empresa SERPVIR SA

ESP, en estricto sentido, sino por una autoridad administrativa: la Alcaldesa del municipio²⁷. Lo mismo ocurre con la segunda resolución, la No. 542, que a más de invocar el artículo 365 constitucional, se soporta de nuevo en competencias generales de la suprema autoridad municipal²⁸, para determinar que Villa del Rosario, ente al que representa, asuma directamente la prestación del servicio de acueducto, a través de su empresa industrial y comercial de servicios públicos EICVIRO ESP.

2.2.1.2 Elementos objetivos de la procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración de la jurisprudencia.

33. En múltiples pronunciamientos, la Corte constitucional ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no es procedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados por actos de la administración o de los particulares, como quiera que existan otros mecanismos judiciales para su defensa.

Y esto es así, por cuanto esta herramienta judicial fue concebida por el Constituyente, salvo en los casos en los que no existe otra forma de defensa judicial, con carácter subsidiario para la protección de los derechos fundamentales.

34. Esta posición se explicaba, entre otras decisiones²⁹, en la sentencia SU-1070 de 200330, en razón a que:

“1º) Los medios y recursos judiciales ordinarios constituyen los mecanismos preferentes a los cuales deben acudir las personas para invocar la protección de sus derechos; 2º) En los procesos ordinarios se debe garantizar la supremacía de los derechos constitucionales y la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. arts. 4º y 5º); 3º) La tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, “sino fungir como último recurso (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales”³¹; y 4º) La protección de derechos constitucionales fundamentales es un asunto reservado a la tutela, en la medida que el ordenamiento jurídico no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial” 32.

35. Ahora bien, la existencia de otros medios y recursos judiciales ordinarios para la

protección de los derechos fundamentales no es óbice para ejercer la acción de tutela³³. Como se ha establecido en decantada jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia T-997 de 2007³⁴, en determinados casos “en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados³⁵; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional”.

36. En esta línea, igualmente se trazaba en sentencia T-199 de 2007:

“La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos³⁶: i) el objeto de la opción judicial alternativa y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.³⁷ El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente. Con todo, si el medio de defensa alternativo resulta ser idóneo y eficaz, -o incluso insuficiente-, pero se configura ciertamente la existencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, y por lo tanto sea necesaria una actuación inminente del juez constitucional, la tutela deberá proceder como mecanismo transitorio”.

37. En lo que hace propiamente a la procedencia de la acción como mecanismo transitorio y con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha acuñado a lo largo de los años un conjunto de criterios que permiten al juez reconocer cuándo se enfrenta ante una situación de este orden que sólo puede y debe ser evitada a través de este mecanismo judicial privilegiado y excepcional.

Así en la sentencia T-1316 de 200138 se observó:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables³⁹, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”(resaltado fuera de texto)⁴⁰.

38. En caso de darse un perjuicio de tal naturaleza, aún ante la existencia de mecanismos de defensa alternativos, es razonable la protección excepcional por vía de tutela de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, con el fin de asegurar su preeminencia constitucional y eficacia.

39. La evaluación del perjuicio irremediable es, de otra parte, un ejercicio de análisis que debe consultar siempre las particularidades o supuestos fácticos del caso concreto y de las condiciones personales de quien invoca la protección de sus derechos fundamentales⁴¹. Por esto en la sentencia SU-961 de 1999⁴², se afirmó que

“en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral; en este evento,

es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”⁴³ (resaltados e itálicas fuera de texto).

40. De cualquier modo, la acción y el juez de tutela, no entran a reemplazar ni a los mecanismos ordinarios ni al juez natural⁴⁴, ni tiene la facultad de “revivir términos vencidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor”⁴⁵. Muy al contrario, el ejercicio de la acción de tutela “apunta a remediar aquellas situaciones en las que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del juez de tutela”⁴⁶. De lo que se trata es, entonces, de “brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”⁴⁷.

41. Con base en los anteriores elementos de juicio, debe la Corte analizar si en el presente asunto se han concretado las condiciones por cuya virtud resulta procedente el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo idóneo, eficaz, principal, o como mecanismo subsidiario para evitar un perjuicio irremediable, con el cual se salvaguarden los derechos fundamentales de SERPVIR SA ESP.

1. Análisis de las condiciones objetivas de procedencia en el caso concreto.

42. Sin pretender agotar la cuestión, dadas las características y particularidades de los actos acusados en sede de tutela, aprecia la Sala que SERPVIR SA ESP cuenta con mecanismos para proteger los derechos fundamentales que considera vulnerados. Sólo a efectos de ilustración y nuevamente sin con ello determinar la autoridad judicial competente ni la acción procesal llamada a resolver el conflicto, observa la Corte que está, por una parte, el mecanismo previsto en el artículo 77 de los estatutos de constitución de la sociedad, que contiene la cláusula compromisoria según la cual, “Cualquier diferencia relacionada con el contrato social, con su celebración, su ejecución o su liquidación, que surgiere entre los socios o entre éstos y la sociedad, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento independiente” (folio 213 reverso;

resaltado fuera del original).

43. Así mismo y en el supuesto de que se llegare a considerar que las actuaciones de EICVIRO ESP y en especial las de la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario, no respondían a los ámbitos de competencia del Tribunal de arbitramento, la empresa demandante en tutela tendría otras acciones, esta vez ante las jurisdicciones permanentes estatales, para atacar los actos materia de debate en este proceso. Sería el caso, siguiendo el criterio orgánico establecido por la Ley 1107 de 2006 que modificó el art. 82 del C.C.A., de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, solicitando la suspensión provisional de los actos pertinentes, invocando su carencia evidente de legalidad. O el de la jurisdicción ordinaria, bajo el entendido de que al menos los actos expedidos por el Gerente de EICVIRO ESP fueron, no obstante su apariencia, sólo actos propios de su condición de socio minoritario con facultades estatutarias específicas (artículo 408, num 6º del CPC)⁴⁸.

44. Ahora bien, alega la empresa accionante que en este asunto lo que se ha presentado es una vía de hecho administrativa frente a la cual, el único mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz es la tutela.

A este respecto, cabe observar que, como se indico en la sentencia T-465 de 200949, en interpretación del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Constitución, “la Corte Constitucional ha considerado que pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente del ordenamiento jurídico, en abierta contradicción con él, de tal forma que se aplica la voluntad subjetiva de tales servidores y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho⁵⁰”.

Esta tesis ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, no obstante haber reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos. De tal suerte, dijo en el citado asunto la Corte, que “una vía de hecho se produce cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico”.

45. Sin embargo, encuentra la Corte que, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que no se han demostrado ni carentes de idoneidad ni de eficacia para proteger los derechos fundamentales cuya vulneración se alega, no es la Corte constitucional competente para establecer si ha existido o no una vía de hecho administrativa, esto es, para calificar la ocurrencia del hecho arbitrario, perturbador, desconectado del Derecho y contrario a derechos fundamentales, o la amenaza real de que tal cosa ocurra, por causa de los actos proferidos.

46. En la misma línea, como se desprende de las pruebas solicitadas por la Corte constitucional, es de observar que tanto las Resoluciones 002 y 003 de 2008 expedidas por el Gerente de EICVIRO ESP, como las que produjo la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario, no surtieron el efecto jurídico esperado y que nutrió su contenido, pues la empresa SERPVIR SA ESP, según lo informó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (folios 222-223, tercer cuaderno), es la que ha prestado desde mediados de 2005 el servicio público de acueducto y alcantarillado en el referido municipio, sin que se reporte ninguna interrupción o solución de continuidad.

Es decir, que la resolución que disuelve y ordena la liquidación de SERPVIR SA ESP y las decisiones posteriores que confirmaron tal medida y que decretaron la toma de posesión del servicio por parte del municipio, no han producido las consecuencias que estaban llamados a crear según lo expresado en ellos, por no haberse registrado el acto principal de disolución, formalidad esencial para que una determinación de esa naturaleza en una sociedad comercial sea oponible.

Fueron a este respecto muy claras las Resoluciones 213 de 10 de junio de 2009, proferida por la Cámara de Comercio en mención y posteriormente la No. 41970 de 25 de agosto de 2009 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales se confirma en reposición y apelación la decisión de no inscribir la escritura pública mediante la cual se protocolizó la Resolución 002 de 2008 de EICVIRO ESP que ordenaba la disolución y liquidación de SERPVIR SA ESP, porque esta no reunía el requisito establecido en la ley 51, de que tal decisión fuera aprobada por el máximo órgano social, esto es, la junta de socios o asamblea de accionistas.

47. Significa lo anterior que, con independencia de la naturaleza jurídica que se le

adscriba a los actos acusados, la acción no debe prosperar porque a más de la existencia de otros medios de defensa judicial aptos para resolver el conflicto suscitado, tampoco se cumple el requisito de que deba ser la tutela el mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Porque este último sólo podría tener lugar, en los propios términos del accionante, ante la ejecución efectiva de las decisiones que ordenan la disolución y la liquidación (folio 33)⁵². No hay por tanto perjuicio inminente o próximo a suceder, que reclame de medidas urgentes para superar el daño, ni se deben adoptar acciones de protección impostergables⁵³, pues en definitiva los actos que pretendieron disolver y liquidar la sociedad SERPVIR SA ESP y despojarla de la prestación del servicio han sido del todo inanes.

48. Es decir que, frente al caso en concreto, esta Sala Primera de Revisión confirmará el fallo de segunda instancia que negó la protección constitucional invocada por el actor, por improcedencia objetiva, mas según las consideraciones y argumentos aducidos en esta providencia.

1. Cuestiones sustanciales que el caso ha puesto en evidencia, pero que no son el fondo del asunto.

49. La improcedencia objetiva de la acción de tutela aquí establecida por esta Sala de Revisión, le impide resolver sobre el fondo del asunto, o sea, determinar si se han violado o no, los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la empresa SERPVIR SA ESP por los actos de EICVIRO ESP y de la Alcaldía del Municipio de Villa del Rosario estudiados.

50. Con todo, el juez constitucional no puede dejar de apreciar con gran preocupación, que los derechos e intereses en juego evidenciados por el caso, no son únicamente los que han sido ventilados por las partes del proceso, a saber: De un lado, los invocados por SERPVIR SA ESP, para ejercer la actividad económica en el mercado de los servicios públicos conforme a la ley, hasta que no sea determinado lo contrario por las causas legales o por orden de autoridad competente (artículos 369, 333, 84, 14, 6, 189, num. 24, 29 CP, y en desarrollo suyo la Ley 142 de 1994 y sus modificaciones y las normas del C.C. y del C.Co); de otro, los defendidos por EICVIRO ESP, consistentes en ejercer la competencia

establecida en el artículo 74, párrafo 1º de los estatutos sociales, que en el marco de la libertad contractual, la habilita como socio de la EPS para supervisar la correcta ejecución del objeto social y de las obligaciones dispuestas en sus estatutos (artículos 333, 365, 83 CP y normas que los desarrollan en la Ley 142 de 1994 y sus modificaciones, en el C.Co y en el CC).

Y tampoco se completan con la inclusión ya no de los derechos, pero sí de los bienes jurídicos representados en las funciones y responsabilidades del Municipio de velar por la prestación de los servicios a cargo del mismo, o, en su defecto, en la función de representar los intereses del municipio como responsable del servicio (artículos 369, 315, num 3º de la CP y leyes 142, artículo 5º, 136 de 1994 y demás concordantes).

51. Con independencia de ellos, y de la forma de resolver definitivamente el conflicto de las partes que se ha evidenciado en este proceso, también aprecia el juez constitucional que están en juego los derechos fundamentales de los usuarios del servicio público esencial del acueducto y alcantarillado, asociados a su prestación correcta o incorrecta: El acceso efectivo al agua potable⁵⁴ y sus derivados para crear condiciones de dignidad humana, como parte de un mínimo vital para la alimentación, la salud y la vivienda digna (artículos 366, 1º, 11, 51, 65, 49, 93, PIDESC, artículos 11 y 12; observaciones sobre el derecho al agua, la vivienda digna y el derecho a la salud, Comité DESC de Naciones Unidas; apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a más de otras disposiciones del Derecho internacional humanitario⁵⁵).

Así lo muestran, a decir verdad, no pocos documentos allegados al expediente⁵⁶.

Destacan, en particular, los informes obrantes a folios 222-227 y 323-331 del tercer cuaderno, elaborados por la Superintendencia de Servicios Públicos, órgano constitucional encargado de cumplir la importante función del Ejecutivo del Estado, de inspección y vigilancia sobre las empresas que prestan dichos servicios (artículo 365, 370, 189, num 22 de la Constitución política).

52. El primero de 23 de julio de 2009, elaborado por la Coordinadora del Grupo de

defensa judicial de la Superintendencia, donde, tras calcular a priori, muy al inicio del mismo, sobre el estado de la prestación del servicio de acueducto de Villa del Rosario a marzo 31 de 2009, diciendo que su “grado de avance general del programa [de gestión] es de un 70% aproximadamente”, ofrece los datos y observaciones siguientes:

* Que “persisten problemas de continuidad en el servicio”.

* Que se ha pasado de prestar de 1 a 2 veces al mes, pero “en la actualidad se presta entre 3 y 4 veces” en el mismo período. Un problema que SERPVIR SA ESP justifica en la existencia de unas, encuentra la Sala, muy indeterminadas “condiciones de vulnerabilidad del sistema” y en la “falta de inversión necesaria para atender la operatividad de la empresa”, relacionadas con obligaciones societales dispuestas en los estatutos del socio mayoritario (artículo 67, folio 123 del cuaderno principal).

* Que se han instalado en el último año, 770 medidores de los 4.000 a que se ha comprometido para fines de 2009.

* Que hay compromisos “con bajos porcentajes de ejecución” como es el caso de reposición de redes y sectorización a cargo de la empresa, y el giro de subsidios a cargo de Municipio.

* Relación de quejas presentas a la Superintendencia de Servicios Públicos por la ciudadanía, por el cambio de los consumos promedios que utiliza SERPVIR SA ESP, a más de otros asuntos relacionados con la inadecuada prestación de los servicios. Sobre estas denuncias, la entidad adjunta un disco compacto que contiene las actas de las reuniones sostenidas entre representantes de la comunidad que las han interpuesto y la Superintendencia, la empresa SERPVIR SA ESP y la Alcaldía del municipio de Villa del Rosario, en las cuales se aprecian la condición de alcantarillado de ciertos puntos de la red de acueducto y alcantarillado y en sustancia, se consigna en las actas de reunión que SERPVIR SA ESP, presentará explicación posteriormente, sobre las más de las solicitudes de información y aclaración relacionadas con problemas en la prestación del servicio.

El segundo, oficio del 28 de agosto de 2009, suscrito por la Directora técnica de gestión de acueducto y alcantarillado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el que se presenta el informe de resultados de la vigilancia especializada a la empresa SERPVIR SA ESP. En este, tras una larga y detallada relación de asuntos objeto de análisis, relativos al cobro a usuarios sin medición, al control tarifario y dentro de él al estudio de costos, al seguimiento a la inversión, al manejo de subsidios, a su desmote, junto con otras observaciones sobre terreno relacionadas con las condiciones del sistema de acueducto, el de alcantarillado, su mantenimiento, la calidad del agua, los medidores, la cobertura, los vertimientos de aguas negras, las redes, las obligaciones de la empresa de informar y someter su información a normas jurídicas, los procesos de medición, las obligaciones frente a los usuarios, etc, resumidas todas en el apartado 1.7.4 de esta providencia, concluye la Superintendencia que “a partir de los resultados de la vigilancia especializada que se realizó a SERPVIR se encontraron omisiones a la normatividad en temas relacionados con medición, calidad de agua, prestación del servicio, tema tarifario y reporte de información al Sistema Único de Información SUI; por lo cual se solicitará apertura de investigación al prestador por estos temas para que se tomen las medidas del caso y se evalúe las posibles devoluciones y se ordenen los ajustes a la facturación y la devolución respectiva a los usuarios a que haya lugar” (folio 331, tercer cuaderno).

53. Estos elementos hacen razonable que la Corte constitucional halle muy preocupante el estado del servicio público de acueducto y alcantarillado en el municipio de Villa del Rosario y no pueda más que ver en peligro, en riesgo de violación, los derechos fundamentales de los usuarios del servicio apuntados.

54. Pero también, otros documentos allegados al expediente, evidencian incumplimientos, negligencia, poca eficiencia y probidad en los procesos que han tenido lugar desde el momento en que se constituyó la empresa SERPVIR SA ESP y durante la ejecución de su objeto social, hasta la fecha.

55. Sobre este particular, observa la Corte constitucional en su Sala de Revisión, que no es claro el proceso de selección del socio inversionista que, sometido según parece a las reglas de derecho privado y sin tener en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, adicionado por la Ley 689 de 2001, en todo caso, dados

los resultados, no veló por adjudicar el privilegio de la asociación para prestar el servicio público, a quienes tuvieran o experiencia, o capacidad financiera, o condiciones suficientes para asegurar la finalidad perseguida. Esto es, la de, dice el acta de adjudicación de 21 de julio de 2005, “procurar el bienestar y el interés de la comunidad (...)” mediante la selección de un “SOCIO ESTRATÉGICO PARA LA ADMINISTRACIÓN, INVERSIÓN, GESTIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y SUS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE VILLA DEL ROSARIO”(mayúsculas en el original, folio 218 del cuaderno principal).

No son en absoluto claras las razones por las cuales ese socio estratégico, no ha efectuado los aportes a que se ha comprometido y que denuncian no sólo EICVIRO ESP y la Alcaldesa del Municipio de Villa del Rosario a través de sus muchos actos, oficios y escritos, sino que también informa la Superintendencia de Servicios Públicos en diferentes oficios (de 16 de junio de 2008, folio 581 del primer cuaderno, y de 23 de julio de 2009, folio 224, del tercer cuaderno).

Tampoco se encuentran evidentes las razones que dieron lugar a estimar, según se establece en el artículo 9º de la escritura pública de constitución (folio 196 del cuaderno principal), confirmado en el informe de julio 23 de 2009, suministrado por la Superintendencia de Servicios Públicos (folio 224, tercer cuaderno), que el aporte de EICVIRO ESP a la sociedad constituida, representara un valor de \$150'000.000, equivalentes sólo a un 30% de la propiedad accionaria, constituyéndose así en un socio minoritario, teniendo en cuenta que el mismo estaba representado en toda la infraestructura de sistema y de redes existente en el municipio. No se aprecia por lo demás, que se hayan tenido en cuenta las reglas para la aprobación del avalúo de aportes en especie, previstas en el artículo 132 del Código de Comercio, ni se hace visible la aprobación correspondiente de la Superintendencia de Sociedades.

56. Por lo anterior, aunque la Corte no se puede pronunciar de fondo sobre todos estos asuntos, en todo caso sí se enviará copia de esta providencia, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario (art. 62 de la Ley 142 de 1994, modificado por

el artículo 10 de la Ley 689 de 2001), como personas y autoridades que no han sido parte en el presente proceso, para que en el marco de sus competencias o interés en el asunto, ejerzan las acciones judiciales (popular, de nulidad, etc.) que encuentren pertinentes, o en su caso promuevan las actuaciones necesarias, adicionales a las que deben adoptar quienes prestan el servicio público de acueducto y alcantarillado en Villa del Rosario, para que se subsanen las fallas de prestación, se investiguen los hechos contrarios a derecho y se tomen las decisiones jurídicas pertinentes por violación de la legalidad y los intereses colectivos y subjetivos, con las cuales se reconozcan las responsabilidades a que haya lugar y, en fin, se haga posible, con todas las formas existentes en el ordenamiento jurídico, que el servicio público se preste de modo eficiente y se cumpla así con los derechos de los usuarios y con la realización de éste fin esencial del Estado.

57. Dentro de ellas, se hará un llamado muy especial a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que adelante con mayor diligencia y celo las actuaciones necesarias para obtener los objetivos aquí señalados, que hacen parte de sus funciones principales y razón de ser y con las cuales logren adoptar las medidas efectivas y ciertas para mejorar la prestación del servicio anunciadas en todos sus informes pero que no se obtienen, o concrete y concluya las investigaciones e imponga las sanciones pertinentes que sean a lugar.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala primera de Revisión de la Corte constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: LEVANTAR la suspensión de términos decretada por esta Sala de Revisión, mediante Auto de 6 de julio del presente año.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Los Patios, en el sentido de DENEGAR la tutela solicitada, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: ORDENAR que se libre comunicación a la Superintendencia de Servicios

Públicos Domiciliarios, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios de Villa del Rosario, para que a partir de la información que arroja esta sentencia, en cumplimiento de sus funciones adopten las medidas necesarias tendientes a subsanar las fallas de prestación del servicio, procurar que se declaren las nulidades por violación de la ley que pudieren observarse en las diferentes actuaciones relacionadas en este providencia, se reconozcan las responsabilidades concretas a que haya lugar y, en fin, se haga posible, la prestación eficiente del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio de Villa del Rosario.

Cuarto: ORDENAR a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que una vez concluidas las actuaciones de que trata en particular en el informe de 28 de agosto de 2009 suscrito por la Directora Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado, citado en esta providencia y obrante a folios 223 a 231 del tercer cuaderno del expediente, envíe el correspondiente informe a esta Corte constitucional.

LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

MARTA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Debe observarse que en el texto de la demanda de tutela, la referencia a este acto sólo aparece en la relación de los actos que se acusan como causantes de la violación de derechos fundamentales alegada, brevemente en la descripción de las razones por las cuales se vulnera el debido proceso y el derecho de igualdad y en la petición concreta que se formula al juez de tutela. No aparece relacionada dentro de los hechos de la demanda (folios 1, 32 y 34, expediente principal)

2 Se trata de la sentencia de 13 de junio de 2007, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito, Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se revocó el fallo de tutela de primera instancia del Juez Primero Promiscuo Municipal de Villa del Rosario, que negaba por improcedente la acción impetrada por la U.T. AGUASANDER LTDA en contra de los actos de EICVIRO ESP, por medio de los cuales éste imponía unas multas por incumplimiento de las obligaciones asumidas por la primera, previstas en los estatutos de constitución de la sociedad SERPVIR SA ESP. Es de aclarar, como se ha visto en el presente proceso, que la U.T. AGUASANDER LTDA obra como socio estratégico mayoritario de SERPVIR SA ESP y EICVIRO ESP actúa como socio minoritario con poder de supervisión de la correcta ejecución del contrato social. Tras revocar la decisión en comento, el Juzgado Promiscuo del Circuito ordena en su lugar, que se tutelen los derechos al debido proceso, a la legalidad y a la igualdad de la UT AGUASANDER LTDA, al encontrar que el poder de imposición de multas, si bien se encuentra soportado en estipulaciones del contrato de sociedad, carece de todo soporte en las normas legales a las cuales se hallan sometidas las empresas prestadoras de servicios públicos (vid. folios .171-180 del cuaderno principal).

3 En este aparte sigue la Corte muy de cerca el análisis desarrollado en la sentencia T-1212 de 2004, cuyo problema jurídico es próximo al que en este proceso se suscita. En efecto, en este asunto se atendía la revisión de la tutela interpuesta por una empresa de servicios públicos por presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad, ocasionada por la conducta asumida por ISA S.A. E.S.P en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-,

al negarse a cancelar el registro y el despacho del contrato de suministro de energía eléctrica que la empresa demandante solicitaba. Una negativa que conforme a los hechos probados en el juicio, podría derivar irremediablemente en su disolución y liquidación.

4 Vid al respecto las sentencias: SU-1193 de 2000; SU-182 de 1998; T-201 de 1993; T-300 de 2000; T-238 de 1996; T-575 de 2002.

5 Sentencia T-396 de 1993.

6 Es en este punto donde resulta relevante la jurisprudencia constitucional según la cual la protección tutelar de las personas jurídicas tiene una doble connotación: “por una parte, permite garantizar y salvaguardar, de manera indirecta, los derechos fundamentales de los sujetos asociados, v.gr, el derecho al trabajo, la libertad de asociación, la libertad sindical, etc.; y por otra, faculta a las personas jurídicas para velar por sus propios derechos fundamentales - sin consideración alguna a sus miembros individuales -, toda vez que son titulares de dicha garantía constitucional por sí mismas” (Sentencia T-575 de 2002). Esto sin ignorar que, por su propia naturaleza, ciertos derechos fundamentales son exclusivos e inherentes al ser humano y, por ende, impredicables del ente moral, como es el caso de los derechos a la vida y a la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); a la prohibición de la desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); y a la intimidad familiar (artículo 15) (sentencia T-1212 de 2004).

7 Sentencias T-430 de 1992 y T-658 de 2002.

8 Transformada mediante Acuerdo 024 de junio 10 de 1996, de conformidad con lo establecido en el art. 17, párrafo 1º de la Ley 142 de 1994, según el cual: “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado” (folio 167, tercer cuaderno).

9 Conforme se reconoció por la Corte constitucional en sentencia C-736 de 2007, al declarar exequibles disposiciones legales que sometían a los representantes legales y miembros de consejos o juntas directivas, a un régimen de inhabilidades e

incompatibilidades.

10 El artículo 32 de la Ley 142 de 1994 establece en su primera parte: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto de esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. Por su parte, se consagra también en la primera parte del artículo 31 de la misma ley, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001: “Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”

11 Es el caso del régimen laboral de sus trabajadores, artículo 41, sometidos al código sustantivo de trabajo en las empresas mixtas y privadas y al régimen de los trabajadores oficiales en las empresas estatales; también existe un tratamiento diverso respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación, artículo 44.4, en donde a las estatales se les aplicarán las previstas en el Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes; y lo relativo al régimen de control fiscal y de la jurisdicción coactiva, asunto ampliamente debatido tanto por la Corte constitucional (Sentencias C-1191 de 2000 y C-290 de 2002), como por el Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. 1141 de 1998, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo).

12 Vgr., dice la sentencia: “la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a

159)".

13 Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Betancour Jaramillo.

14 Vid también Consejo de Estado, Sección tercera, Auto de 8 de febrero de 2007, Expediente: 30903.

15 Según se establece en el Acuerdo del Concejo Municipal de Villa del Rosario No. 024 de 1996 (Folio 167, tercer cuaderno).

16 Artículo 27 de la Ley 142 de 1994, inc. 1º.

17 Artículo 4º, literal k de los estatutos de constitución de EICVIRO, conforme indica el Acuerdo No. 005 de 2005, de la Junta directiva de la misma entidad (folio 558, cuaderno principal).

19 Folio 196, reverso, cuaderno principal.

20 Folios 209-213, cuaderno principal.

21 Adelante se verá que, conforme al Derecho privado, esta facultad no sule las normas del Código de comercio aplicables al asunto y por tanto su actuación no surtía efectos por sí sola. Pero esto no hace otra cosa que confirmar la naturaleza jurídica que esta Corte reconoce en tal decisión, a saber, su carácter de acto de derecho privado.

22 Véase, sentencias T-1000 y T-1086 de 2001.

23 Sentencias T-134 de 1994 y T-640 de 1999.

24 En sentencia T-134 de 1994 igualmente se determinó que: "...La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público - como de hecho lo autoriza el artículo 365 Superior - o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material - con relevancia jurídica - frente al usuario, es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que,

por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial...” (Subrayado por fuera del texto original).

25 Vid. Sentencias T-798 y 905 de 2007.

26 Y aparte de ello, al ser proferido por el representante legal de una entidad descentralizada, que de considerarse acto administrativo, conforme al artículo 50, numeral 2, inciso 2º del CCA, no tiene apelación.

27 Esta apreciación se confirma plenamente al observar las disposiciones jurídicas en las que se basa para proferir el acto, esto es, los artículos 315, numerales 1 y 3 de la Constitución Política, así como los artículos 84 y 91, literal D, numeral 1º de la Ley 136 de 1994, que entre unos y otros reconocen en el Alcalde de cada municipio o distrito, como autoridad política, jefe de la administración local, representante legal de la entidad territorial y primera autoridad de policía de la misma, funciones de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo y de asegurar la prestación de los servicios a cargo del municipio.

28 Los mismos artículos 315, numeral 1º de la Constitución Política y 91, literal D, numeral 1º de la Ley 136 de 1994.

29 Vid por ejemplo sentencia T-106 de 2006.

30 Caso en el cual la Sala Plena de la Corte se ocupó de la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias generadas de la ejecución del contrato de concesión destinado a la construcción de obras viales.

31 Sentencia SU-544 de 2001.

32 Hace parte igualmente de los criterios para determinar la procedibilidad de la acción el principio de inmediatez conforme al cual la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la tutela pierde su sentido y su razón de ser como medio excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa tal inminencia y la necesidad de la

protección constitucional. Al respecto puede consultarse entre otras, la sentencia SU-961 de 1999.

33 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, son muchas las decisiones que se pueden destacar como relevantes. Entre ellas, las sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000; igualmente la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. y la sentencia T-827 de 2003.

34 Que a su vez recoge lo dicho entre otras en sentencias T-954 de 2005 y T-185 de 2007.

35 Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005. y T-822 de 2002, entre otras.

36 Sentencia T-822 de 2002.

37 La sentencia T-569 de 1992, refiriéndose a la procedencia de la tutela frente a otras acciones, estableció: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

38 Sentencia que a su vez recoge el importante precedente trazado desde la sentencia T-225 de 1993, en la cual se estudiaron detalladamente los elementos que integran las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad propios del perjuicio irremediable.

39 Sentencia T-161 de 2005.

40 A fin de neutralizar en lo posible, la violación del derecho. Vid. sentencia T-1190 de 2004.

41 Por esto, en esta misma sentencia T-1316 de 2001, aunque se anotó frente a los accionantes que la sola circunstancia de pertenecer a un grupo de especial protección

constitucional no era un motivo que justificara per se la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, dicha condición sí constituía un parámetro válido para disminuir la intensidad de la evaluación sobre la existencia de un perjuicio irremediable.

42 Reiterada en las sentencias T-033 y T-061 de 2002 y T-978 de 2006.

43 Véase, además, las sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

44 Sentencias T-199 de 2007 y T-038 de 1997, entre muchas.

45 Sentencia T-995 de 2007.

46 Sentencia T-995 de 2007.

47 Sentencia C-543 de 1992..

48 Lo dicho sin excluir las opciones que por vía administrativa existen en el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, sobre funciones de la Superintendencia de Servicios públicos, en particular, numerales 1º, 2º, 3º y párrafo 2º, numeral 7º del mismo precepto, en cuanto a funciones del Superintendente propiamente dicho.

49 Que reitera lo dicho en la T -995 de 2007.

50 Esta Corporación en su jurisprudencia ha establecido una doctrina en relación con las vías de hecho, al clasificar varios tipos de defectos en los que incurren las autoridades judiciales o, en casos como el concreto, autoridades administrativas que conllevan a que sus decisiones sean consideradas como tales. Así, las ha dividido en: (1) un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto

de que se trate; y, (4) un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.

51 Y confirmado por la autoridad administrativa con mayores competencias y conocimiento sobre el asunto, a saber la Superintendencia de Sociedades, según concepto concepto 220-054599 de marzo 19 de 2009.

52 Dice textualmente la demanda sobre el punto: "XIV.PERJUICIO IRREMEDIABLE. Puesto que de ejecutarse la decisión, se liquidaría la empresa, ya que esa es una de las decisiones tomadas en la dicha Resolución 002-008 y la superintendencia procedería a realizar la toma de posesión de los bienes de la sociedad lo que implicaría pérdidas incalculables que derivarían inevitablemente en la quiebra de la Sociedad SERPVIR SA ESP./"Por lo tanto los medios ordinarios son absolutamente ineficaces ya que no tendríamos decisión definitiva antes de 6 años, ello haría imposible evitar el perjuicio que se intenta impedir por la presente acción"

53 Sentencia T-161 de 2005.

54 Reconocido de manera reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación como derecho fundamental. Así en sentencias T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008, T-888 de 2008, t-381 de 2009, T-546 de 2009.

55 Artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; los artículos 54 y 55 del Protocolo adicional I, de 1977; los artículos 5 y 14 del Protocolo adicional II, de 1977.