



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Once (11) de julio de dos mil veinticinco (2025)

**Expediente:** 44001234000020220007502 (71.050)  
**Demandantes:** Procuraduría General de la Nación – Procuraduría 91 Judicial I Administrativa, Procuraduría 42 Judicial II Administrativa y Procuraduría 202 Judicial I Administrativa  
**Demandado:** Departamento de La Guajira y otros  
**Medio de control:** Nulidad (acumulado con controversias contractuales)  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

*TEMAS: SIMPLE NULIDAD - irregularidades en el trámite de expedición de una ordenanza como motivo de nulidad de un contrato de sociedad / no todo defecto tiene la relevancia para desencadenar un efecto invalidante / TRÁMITE DE ORDENANZAS DEPARTAMENTALES – el procedimiento previsto en el reglamento interno de una Asamblea departamental no puede contravenir lo previsto en la ley – la inobservancia del debate en las comisiones reglamentarias constituye un defecto que atenta contra el principio de participación democrática / NULIDAD DEL CONTRATO DE SOCIEDAD – obedece a un régimen especial desarrollado en el derecho mercantil, aplicable a las sociedades con patrimonio público.*

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia que accedió a las súplicas de la demanda<sup>1</sup>.

La controversia se centra en determinar si procede la nulidad de una ordenanza departamental por la supuesta concreción de irregularidades en su expedición y, en consecuencia, si hay lugar a declarar la invalidez del contrato mediante el cual se constituyó una sociedad anónima, bajo la forma de empresa prestadora de servicios públicos.

### **I. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la providencia adoptada el 22 de noviembre de 2023, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira decidió (transcripción literal):

*“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la ordenanza No. 524 de 2020 ‘por la cual se autoriza al gobernador del departamento de La Guajira, para constituir y/o participar como accionista en la creación y conformación de una empresa de servicios públicos del orden departamental y se dictan otras disposiciones’, proferida por la asamblea departamental de La Guajira. Lo anterior, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, en virtud de lo establecido en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de sociedad contenido en la escritura pública No. 1022*

---

<sup>1</sup> No condenó en costas a las partes al ser un asunto en el que se ventila un interés público.

del treinta (30) de diciembre de dos mil veinte (2020), en virtud del cual se conformó la 'empresa departamental de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo de La Guajira S.A. E.S.P.', bajo sigla ESEPGUA. Lo anterior, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: ORDENAR** al gobernador del departamento de La Guajira, en su condición de representante legal del aludido ente territorial i) dar por terminado el contrato de sociedad contenido en la escritura pública No. 1022 del treinta (30) de diciembre de dos mil veinte (2020), lo que deberá hacer a través de acto administrativo debidamente motivado y ii) disponer su liquidación en el estado en que se encuentre. Lo anterior, con arreglo a lo razonado en la parte motiva de la presente providencia.

**CUARTO:** Sin costas en primera instancia<sup>2</sup>.

2. El anterior proveído decidió la demanda instaurada el 23 de mayo de 2022<sup>3</sup> por la Procuraduría General de la Nación<sup>4</sup>, actuando a través de tres (3) Procuradores Judiciales para Asuntos Administrativos<sup>5</sup>, (en adelante la Procuraduría o la demandante) contra el departamento de La Guajira (en adelante el departamento o la entidad territorial) y la Asamblea Departamental<sup>6</sup> de dicho ente (en adelante la Asamblea o la Corporación), ambos los demandados.

3. Las pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

## Pretensiones

4. La demandante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (transcripción literal incluidos eventuales errores):

### **“PRINCIPALES:**

**PRIMERA.** - Se declare la nulidad de la Ordenanza 524/2020, que autoriza al Gobernador para, i) constituir y/o participar en una Sociedad por Acciones bajo la forma jurídica de ESP de carácter oficial, descentralizada del orden departamental, con capital público, en asocio con los Municipios, ii) realizar en el marco de la implementación del PDA Guajira las gestiones pertinentes con el fin de adelantar el proceso de implementación, organización y fortalecimiento institucional de la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en términos de eficiencia como lo determina la Ley 142/1994 y demás normas reglamentarias aplicables de descentralización administrativa en lo pertinente a la prestación de dichos servicios públicos en el área urbana y rural de la jurisdicción del Departamento de la Guajira, iii) Asignar al Departamento las funciones de Gestor en la Sociedad que se llegare a constituir, realizar todas las acciones, de índole financiero, contractual y administrativo, que sean requeridos

<sup>2</sup>Índice 98, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA La Guajira–.

<sup>3</sup>Índice 1, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA La Guajira–.

<sup>4</sup> La Procuraduría General de la Nación, en los términos del art. 277 de la Constitución Política, ostenta la competencia para interponer las acciones judiciales que considere pertinentes, en garantía de sus funciones de, vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico y velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. Asimismo, el Decreto 262 de 2000 –por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público–, en su art. 38, determina que a los Procuradores Judiciales les corresponde “interponer las acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público” (se subraya).

<sup>5</sup> A saber: (i) Procurador 91 Judicial I –Dr. Edwin José López Fuentes–, (ii) Procuradora 42 Judicial II –Dra. Pilar Medina Olmos–, y (iii) Procurador 202 Judicial I – Dr. Víctor Sierra Deluque–.

<sup>6</sup> Las Asambleas Departamentales fueron concebidas en el art. 299 de la Constitución Política, como corporaciones político-administrativas de elección popular, con autonomía administrativa y presupuesto propio, sin personería jurídica, por lo que, en principio, no pueden concurrir directamente al proceso; no obstante, esta Corporación, en providencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, radicación 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420), expresó que esa capacidad procesal también radica en los sujetos que tengan “una habilitación legal expresa” para el efecto, como ocurre para el caso de las Asambleas, puesto que la Ley 2200 de 2022 –ley orgánica de la organización y funcionamiento de los departamentos– determinó, en su art. 29, que éstas tienen capacidad para comparecer al proceso y obrar como demandante, demandado o interviniente.

*para la implementación de la Política Pública del PDA, así como para la puesta en marcha y financiamiento del ente gestor cuya autorización es requerida y iv) realizar modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la actual vigencia fiscal, las cuales envuelven, traslados, adiciones y demás movimientos presupuestales (sic), aportes de rentas y autorizar la asunción de los compromisos que se requieran de conformidad con las normas presupuestarias para dar cumplimiento a las autorizaciones otorgadas,*

**SEGUNDA:** Como corolario de lo anterior, con sustento en la causal de nulidad prevista en el artículo 44.4 de la Ley 80/93, que prevé que los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, se disponga que el CONTRATO DE SOCIEDAD contenido en la Escritura Pública 1022 del 30 de diciembre/2020 mediante la cual se constituye la empresa “ESEPGUA S.A. E.S.P.”, es NULO DE NULIDAD ABSOLUTA.

**TERCERA:** Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene su liquidación en el estado en que se encuentre.

**CUARTA:** Se condene a la parte demandada al pago de los gastos y costas del proceso.

**UNICA SUBSIDIARIA:** En el evento de no prosperar las anteriores pretensiones, solicitamos, se declare la nulidad de la cláusula 74 de los estatutos de la empresa ESEPGUA por violación directa del Decreto 4548/09 que dispone que los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150/2007<sup>7</sup>.

## Hechos

5. El 12 de diciembre de 2020, la Procuraduría requirió a la Asamblea copia de los documentos que sustentaban el proyecto de ordenanza 27 de ese año, para la creación de una ESP departamental; estimaba el ente de control que, al revisar la página web de dicha Corporación, no se evidenciaba información sobre aquella, lo que desconocía los arts. 3 de la Ley 1437 de 2011, y 2 y 3 de la Ley 1712 de 2014. Esta solicitud fue resuelta el 5 de enero de 2021, en documento a través del cual la Asamblea precisó, en punto a las normas referidas, que “*en lo sucesivo y en lo que corresponda a nuestras competencias, se procederá conforme a dichas disposiciones*”<sup>8</sup>.

6. El 18 de diciembre de 2020, se publicó en la página web de la Asamblea la Ordenanza 524 de 2020, mediante la cual se autorizó al departamento a constituir una ESP –cuyo socio mayoritario sería la entidad territorial, con una participación del 51% y los municipios que la conforman aportarían el 49% restante del patrimonio–. Indicó que, en el trámite de este acto, se evidenciaron varias irregularidades que afectan la autorización allí fue emitida.

7. Mediante escritura pública 1022 del 30 de diciembre de 2020, se constituyó la empresa ESEPGUA S.A. E.S.P. (en adelante ESEPGUA o la ESP), y se indicó en el artículo 74 de sus estatutos que su régimen de contratación era el derecho privado<sup>9</sup>.

## Fundamentos de derecho

<sup>7</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.6 y 7.

<sup>8</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl.4.

<sup>9</sup> El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, en comunicación del 17 de enero de 2020, manifestó que de conformidad con el Decreto 4548 de 2009, el régimen de contratación de ESEPGUA S.A. E.S.P. es el EGCAP, con independencia de que en sus estatutos de aluda al derecho privado.

8. El acto enjuiciado desconoce los arts. 6, 121 y 157 de la Constitución Política, 34 de la Ley 5 de 1992, 73 de la Ley 136 de 1994, 3 de la Ley 1437 de 2011, 2 y 3 de la Ley 1712 de 2014, 38, 68 y 95 de la Ley 489 de 1998, 11 del Decreto 1221 de 1986, 13.3.1 del Decreto 028 de 2008, 1 del Decreto 4548 de 2009 y el Reglamento Interno de la Asamblea (Ordenanza 410 de 2016). Como concepto de la violación, se plantearon los siguientes cargos:

9. (a) *Expedición en forma irregular*. Este vicio se refiere a que, (i) se certificó que el primer debate de realizó el 10 de diciembre de 2020, cuando ello aconteció el siguiente día<sup>10</sup>; (ii) las sesiones plenarias se llevaron a cabo en días distintos a los establecidos en el reglamento interno<sup>11</sup>; (iii) se pretermitió la discusión del proyecto de ordenanza en la Comisión Segunda de Presupuesto, Hacienda, Crédito Público, Asuntos Económicos y Fiscales<sup>12</sup>, en tanto que el mismo fue aprobado en primer debate de Plenaria<sup>13</sup>, contraviniendo los arts. 87, 88, 89, 90 y 97 del Reglamento Interno de la Asamblea; (iv) en el hipotético escenario de estimar que no se omitió la discusión del asunto en la respectiva comisión –al considerar que se produjo una sesión conjunta entre ésta y la Plenaria– lo cierto es que el reglamento señala que éstas no pueden sesionar de forma agrupada<sup>14</sup>; de hecho, el reglamento establece que un proyecto no puede debatirse el mismo día por parte de la Comisión y la Plenaria (art. 98); (v) la creación de la ESP no estuvo acompañada de los estudios que sustenten su conveniencia económica y social, así como la viabilidad financiera, como exigen los arts. 262 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental) y 11 del Decreto 1221 de 1986 (Estatuto básico de las entidades descentralizadas departamentales)<sup>15</sup>; (vi) hubo dualidad en la presentación de la iniciativa de la ordenanza, lo cual conculca las competencias asignadas al Gobernador y al *administrador temporal del sector de agua potable*<sup>16</sup>; (vii) no se agotó la consulta previa con las comunidades indígenas, especialmente con el pueblo wayúu, comoquiera que la ordenanza en juicio versa sobre una materia sensible para aquel, como lo es, la provisión de agua potable, en el marco de la implementación de la Política Pública Nacional del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento en el Departamento de La Guajira (en adelante PDA)<sup>17</sup>; y (viii) se vulneraron los principios de

<sup>10</sup> Como consta en el Acta de sesión plenaria No. 129.

<sup>11</sup> Que prevé, en su art. 40, que dichas sesiones deben realizarse los martes, miércoles y jueves. La sesión No. 129 se efectuó un viernes.

<sup>12</sup> "... la Corte Constitucional ha considerado que el desconocimiento de las competencias temáticas de las comisiones en el proceso de formación de la ley constituye un vicio de relevancia constitucional que impondría al órgano de control el deber de retirar del ordenamiento jurídico el texto normativo que surtió el trámite irregular" (índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl.18).

<sup>13</sup> Acta de sesión plenaria No. 129. La lectura sistemática del Reglamento de la Corporación revela que el primer debate de los proyectos se realiza en las comisiones permanentes; en efecto, se indica que "para que un proyecto sea ordenanza debe aprobarse en tres (3) debates, debiéndose, efectuar el primero en el seno de la comisión competentes (sic), lo que es concordante con el artículo 37 del Código de Régimen Departamental y con las normas que regulen casos, materias o procedimientos similares, tal como se advierte del Reglamento del Congreso ...".

<sup>14</sup> Pues prevé que las reuniones de las Comisiones se efectuarán en horas distintas a las Plenarias de la Corporación (art. 40 del Reglamento interno).

<sup>15</sup> Esto se constata del análisis de la respuesta a la petición formulada a la Asamblea, en donde, "en ningún apartado de la exposición de motivos o del informe de comisión de fecha 13 de diciembre de 2020, se advierte, el cumplimiento del requisito precitado" (índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl.26).

<sup>16</sup> El Decreto Ley 28 de 2008 establece que "quien ostentaba la competencia para presentar el proyecto de acuerdo que culminó con la expedición de la ordenanza 524/2020 era el administrador temporal, como quiera que en todos los documentos previos y del texto mismo, se constata que la materia estaba relacionada con el sector de Agua potable y saneamiento básico, en donde claramente las normas en cita, señalan que el administrador temporal ostenta las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público" (índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl.30).

<sup>17</sup> Mediante sentencia T-302/17 la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional (ECI), por la vulneración generalizada, irrazonable y desproporcionada de varios derechos fundamentales de la niñez del pueblo wayúu, entre ellos, el acceso al agua potable en los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Urbía. En virtud de dicha declaración de la

transparencia y publicidad, ya que no se evidenció información alguna sobre el proyecto de ordenanza en la página web de la Corporación, trasgrediendo lo prescrito en los arts. 3 del CPACA, y 2 y 3 de la Ley 1712 de 2014.

10. (b) *Incompetencia*, dado que la ordenanza se profirió sin seguir el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, ya que no se efectuó el debate en la comisión permanente correspondiente; además, quien contaba con la facultad de presentar el proyecto de ordenanza que implementaba el PDA era el administrador temporal del servicio de agua potable y saneamiento básico, según los arts. 2.6.3.4.2.22 del Decreto 1068 de 2015 y 13.3.1. del Decreto 28 de 2008, no el Gobernador del departamento.

11. (c) *Infracción de las normas en que debía fundarse*, debido al desconocimiento de las previsiones legales que sustentan los anteriores cargos.

12. A su vez, la demandante sostuvo que se configuró la causal prevista en el art. 44.4 de la Ley 80 de 1993, puesto que la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado da lugar a la invalidez del contrato de sociedad contenido en la escritura pública No. 1022 del 30 de diciembre de 2020, mediante la cual se constituyó a la empresa ESEPGUA S.A. E.S.P.

13. No solo la iniciativa en la presentación de la ordenanza recaía en el *administrador temporal de agua potable y saneamiento básico*<sup>18</sup>, también le correspondía la firmar el documento constitutivo, lo que evidencia la incompetencia del Gobernador al suscribir la misma.

14. El art. 74 de los estatutos sociales –que indica que el régimen de contratación de la empresa es el derecho privado– desatiende el Decreto 4548 de 2009 que establece que los procesos de contratación que adelante el Gestor del PDA –calidad que ostenta ESEPGUA S.A. E.S.P.<sup>19</sup>– se rigen por el EGCAP<sup>20</sup>. Y la aplicación del régimen de derecho privado, que prevé el art. 31 de la Ley 142 de 1994, solo procede frente a las entidades estatales que efectivamente prestan servicios públicos.

## Contestaciones de la demanda<sup>21</sup>

---

Corte “*sin importar el (sic) orden, que se tome y se concrete en los municipios de Uribia, Manaure, Maicao y el Distrito de Riohacha, requiere que se active la consulta previa antes de su expedición, como quiera que la participación de la comunidad wayuu fue uno de los derechos por los cuales se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional*”.

<sup>18</sup> “*El administrador temporal o administrador designado ejerce, de acuerdo con la normatividad que enmarca su actividad, las competencias y facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público objeto de la medida de asunción temporal ... Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, CP: Augusto Hernández Becerra. - Rad. No.: 11001-03-06-000-2011-00002-00, Concepto del 3 de marzo 2011, Número interno: 2046*” (índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl.45).

<sup>19</sup> Lo que se corrobora del texto del art. 2 del proyecto de ordenanza que hace parte de la exposición de motivos y de los considerandos del acto enjuiciado.

<sup>20</sup> Tal como lo ratificó el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en su comunicación del 17 de enero de 2022 (anexo 5 de la demanda).

<sup>21</sup> En auto del 21 de junio de 2022, el Tribunal inadmitió la demanda a fin de que la demandante aportara la constancia de envío, por medio de electrónico, del libelo y sus anexos al demandado, así como la confirmación de recibido del mensaje de datos (fls.394 a 400, c.1.). Luego, en virtud de lo dispuesto en la Ley 2220 de 2022 –ley orgánica atinente a la organización y funcionamiento de los departamentos–, la Procuraduría reformó la demanda para vincular como parte del extremo pasivo a la Asamblea Departamental de La Guajira, toda vez que dicha normativa le otorgó capacidad a las Asambleas Departamentales para comparecer a los procesos (fls.411 y 412, c.1.). El 19 de julio de 2022, el fallador de primer grado admitió la demanda, así como su reforma, ordenó notificar tal determinación al departamento y a la Asamblea y dispuso la vinculación de los municipios de: Fonseca, Urumita, La Jagua del Pilar, Distracción, Villanueva, San Juan del Cesar y de la empresa ESEPGUA S.A. E.S.P. (aunque no ordenó la notificación personal de ésta en la parte resolutoria de la providencia) (fls.815 a 822, c.1.).

15. El **departamento**<sup>22</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones las de: (i) *inepta demanda*, por falta de identificación y vinculación de todos los sujetos que tienen interés en las resultas de la pretensión dirigida a obtener la nulidad del contrato de sociedad demandado<sup>23</sup>; (ii) *ineficacia de la argumentación propuesta contra la ordenanza*, toda vez que el departamento sí tiene competencia para concurrir en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, y la expedición del acto demandado se ciñó al trámite que le corresponde; además, la Procuraduría alegó la vulneración de normas que no tienen relación con la expedición de ordenanzas por parte de las Asambleas Departamentales, como lo son, los arts. 6, 121 y 157 de la Constitución Política, las Leyes 5 de 1992, 136 de 1994 y 1712 de 2014; y (iii) la *genérica*<sup>24</sup>.

16. La **Asamblea**<sup>25</sup> también se opuso a las súplicas incoadas. Afirmó que no es cierto que el acto debatido se expidiera de forma irregular, ya que sí se llevaron a cabo los tres debates previstos en el art. 75 del Decreto Ley 1222 de 1986, en tres días distintos<sup>26</sup>. Los mismos se surtieron mediante sesiones extraordinarias y por medio de reuniones de la plenaria, “*puesto que es la Asamblea a quien le corresponde aprobar los proyectos de ordenanza*”<sup>27</sup>. Añadió que el Gobernador sí tenía competencia para presentar el proyecto de ordenanza de forma conjunta con el administrador del organismo intervenido, de conformidad con los arts. 13.3.1 del Decreto 28 de 2008, 2.6.3.4.2.22. del Decreto 1068 de 2015 y 94 del Decreto Ley 1222 de 1986.

17. Como medios de defensa adujo: (i) cumplimiento del deber constitucional y legal<sup>28</sup>, (ii) legalidad del acto administrativo<sup>29</sup>; y (iii) la excepción genérica.

18. El **municipio de Fonseca**<sup>30</sup> anotó que se atiene a lo que decida la autoridad judicial, en punto a la prosperidad de las pretensiones elevadas.

19. El **municipio de Urumita**<sup>31</sup> propuso las excepciones de: (i) *falta de prueba que desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado*<sup>32</sup>, (ii) *inexistencia de pruebas para sustentar las pretensiones*, en tanto los documentos aportados no demuestran infracción del ordenamiento jurídico; (iii) *la genérica o innominada*.

<sup>22</sup>Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl.1110 a 1116

<sup>23</sup> Mediante proveído del 29 de mayo de 2023, el Tribunal declaró no probada esta excepción, puesto que, a través del auto admisorio de la demanda, se ordenó la comparecencia de los municipios de Fonseca, Urumita, La Jagua del Pilar, Distracción, Villanueva y San Juan del Cesar, en calidad de accionantes de la E.S.P., es decir, no se vislumbra la irregularidad referida. (Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl. 1199 a 1201).

<sup>24</sup> Esto es, que se reconozca cualquier otro medio de defensa que se acredite en el plenario.

<sup>25</sup>Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl. 864 a 879

<sup>26</sup> “... los tres debates se dieron el día viernes once de diciembre, el día lunes catorce de diciembre y el día martes quince de diciembre, es decir que se encontraban dentro del término establecido en el Decreto 281 de 2020 [que convocó a la Asamblea a sesiones extraordinarias]” (fl.866).

<sup>27</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fl.873

<sup>28</sup> El acto administrativo enjuiciado fue expedido en acatamiento de los principios superiores y los mandatos de la normatividad vigente.

<sup>29</sup> Dado que la ordenanza aplicó las previsiones del ordenamiento vigente (Decreto Ley 1222 de 1986 y Ordenanza 410 de 2016).

<sup>30</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.846 a 848.

<sup>31</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.851 a 857.

<sup>32</sup> Para el efecto, reseñó jurisprudencia relativa a la carga de prueba de la demandante de desvirtuar la legalidad del acto administrativo enjuiciado.

## Intervención del coadyuvante del extremo pasivo<sup>33</sup>

20. La Empresa Departamental de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de La Guajira –ESEPGUA S.A. E.S.P.–<sup>34</sup> manifestó que tiene interés la decisión que se profiera frente a la súplica contractual, pues de acogerse se frustraría el objeto social para el cual fue creada.

## Fundamentos de la sentencia impugnada<sup>35</sup>

21. El *a quo* aseguró que no cualquier irregularidad o vicio advertido en el trámite del acto enjuiciado lo despoja de la presunción de legalidad; indicó que los siguientes defectos no tienen la trascendencia para derribar la validez de la ordenanza acusada: (a) la anotación de la fecha incorrecta de la sesión plenaria No. 129; (b) la convocatoria de las sesiones de la Asamblea en días distintos a los indicados en el reglamento de la misma; (c) la falta agotamiento de la consulta previa como requisito para la expedición del acto debatido, pues la ordenanza no contiene un impacto diferenciado o singular para comunidades indígenas Wayúu<sup>36</sup>; y (d) la supuesta trasgresión al principio de publicidad en el proceso de expedición de la ordenanza.

22. Sostuvo que la ordenanza enjuiciada sí adolece de nulidad, por cuanto: (i) se surtió el primer debate del proyecto en sesión plenaria y no en la comisión respectiva<sup>37</sup>, (ii) el proyecto del acto no estuvo acompañado de los estudios de incidencias administrativas, económicas y presupuestales derivadas de la iniciativa de creación de entidades descentralizadas, en los términos de los arts. 261 y 262 del Decreto Ley 1222 de 1986<sup>38</sup>, y (iii) la iniciativa de la ordenanza fue presentada de forma conjunta entre el gobernador del departamento y el administrador temporal del sector agua potable, pese a que esa era una competencia exclusiva del gobernador, en atención al art. 262 del Decreto Ley 1222 de 1986.

<sup>33</sup> El *a quo*, en auto del 13 de abril de 2023, señaló que los municipios de La Jagua del Pilar, Distracción, Villanueva y San Juan del Cesar no contestaron la demanda. Asimismo, tuvo a ESEPGUA S.A. E.S.P. como coadyuvante del extremo pasivo (índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl. 1170 a 1174).

<sup>34</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl. 1149 a 1153.

<sup>35</sup> Índice 98, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA La Guajira–.

<sup>36</sup> Al respecto, el *a quo* aseveró que más allá de que la declaratoria de existencia del estado de cosas inconstitucional en La Guajira comprenda, entre otras cosas, el derecho al agua de las comunidades indígenas Wayúu, la medida contentiva en la ordenanza demandada (i) no tiene como objeto el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en áreas de influencia directa de estas comunidades étnicas; (ii) sus disposiciones son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a todos los habitantes del departamento, sin que se establezca una diferenciación específica para las comunidades indígenas u otro grupo étnico; (iii) no contiene una regulación determinada para las comunidades étnicas; (iv) no tiene una mayor incidencia en los territorios de las comunidades ni una incidencia específica, pues la regulación no se limita a las zonas habitadas por éstas; (v) no impone restricciones o gravámenes ni concede beneficios a las comunidades indígenas; (vi) no afecta su identidad o integridad cultural, social y económica; (vii) no se trata de una regulación integral de una materia relacionada con las comunidades; y (viii) no redefine o altera su territorio.

<sup>37</sup> Aunque, en principio, se observa un conflicto entre lo previsto en el art. 82 del reglamento interno de la Asamblea –que prevé que “el primer debate de cada proyecto de ordenanza debe realizarse en sesión plenaria”–, y el Decreto Ley 1222 de 1986, art. 36, –que señala que las comisiones deben dar informe para segundo y tercer debate a los proyectos de ordenanza– este se supera en aplicación del principio de jerarquía normativa y la interpretación sistemática de los demás artículos del reglamento interno que regulan el trámite de las ordenanzas (los arts. 69, 89, 101 y 103 de la Ordenanza 410 de 2016), en el sentido de establecer que el primer debate del proyecto sí debe surtirse en la comisión respectiva. La simple lectura del acta No. 129 de 2020 revela que el primer debate del proyecto que originó la ordenanza enjuiciada se surtió en sesión plenaria, lo cual constituye una irregularidad que sí afecta la legalidad del acto cuestionado, en tanto omitió las competencias temáticas asignadas a las comisiones y pasó por alto las diligencias previstas en los arts. 88, 89, 90 y 97 del reglamento interno –relativas al debate y discusión de ponencias en comisión–.

<sup>38</sup> El CONPES 3984 de 2020 se estableció como condición, para que el departamento pudiera reasumir la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico, que estructurara un Gestor del PDA, a través de una empresa de servicios públicos descentralizada. Este mandato no eximía a los demandados cumplir con el trámite fijado para la expedición de una ordenanza.

23. En línea con lo expuesto, afirmó que es nulo absolutamente el contrato de sociedad que dio origen a ESEPGUA S.A. E.S.P., pues se configuró la causal contemplada en el art. 44.4 de la Ley 80 de 1993 –*se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten*–, en tanto el departamento y los municipios vinculados concurren a la suscripción de la escritura pública No. 1022 del 30 de diciembre de 2020 –*constitutiva del contrato de sociedad*–, con fundamento en lo previsto en la ordenanza cuestionada.

24. Si bien las escrituras públicas no son pasibles de enjuiciamiento ante esta jurisdicción, las declaraciones que éstas contengan y que sean generadoras de una situación jurídica general o particular, esto es, si su contenido refleja un acto administrativo o un acuerdo de voluntades en la que intervenga una entidad estatal, sí pueden ser susceptibles de control en sede contencioso administrativa, razón por la que ordenó al gobernador del departamento dar por terminado el contrato de sociedad, mediante acto administrativo debidamente motivado y disponer su liquidación en el estado en que se encuentre.

## **II. LOS RECURSO DE APELACIÓN**

25. El **departamento** y **ESEPGUA**<sup>39</sup> piden revocar la sentencia de primer grado. Manifiestan que no procede la nulidad de la Ordenanza 524 de 2020, toda vez que:

- a) su trámite acató lo previsto en Decreto Ley 1222 de 1986 –norma jerárquicamente superior al reglamento interno de la Asamblea–<sup>40</sup>;
- b) el art. 82 del reglamento interno de la Asamblea establece que el primer debate de los proyectos debe efectuarse en sesión plenaria y solamente será para estudiar su conveniencia, legalidad y constitucionalidad;
- c) el mandato de surtir el primer debate en comisión sólo procede de forma excepcional, esto es, para los planes y programas de que trata el art. 187.2 de la Constitución Política de 1886, según el art. 37 del Decreto Ley 1222 de 1986;
- d) sí se rindió el informe de ponencia del asunto, radicado el 12 de diciembre de 2020;
- e) el proyecto fue promovido, sustentado y firmado por el funcionario competente para presentarlo como iniciativa, es decir, el gobernador del departamento –art. 73 del Decreto Ley 1222 de 1986–. Constituye un exceso de ritual manifiesto tener como vicio invalidante la circunstancia de que la iniciativa también fuere presentada por el administrador temporal en representación de la Nación; y
- f) al proyecto de ordenanza sí se aportó una exposición detallada de los motivos del acto propuesto e indicó los CONPES 3883 de 2017 y 3984 de 2020 que lo soportaban.

26. Añaden que la anulación del contrato de sociedad no deriva de la invalidez de la ordenanza, en caso de que ésta procediera, por cuanto esta última no es constitutiva de aquella<sup>41</sup>, solamente da una autorización al gobernador para crear

<sup>39</sup> Presentaron un escrito de alzada conjunto, visible en el índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fls.1533 a 1572.

<sup>40</sup> En tanto que se surtieron los tres (3) debates, en tres (3) días distintos, que prevé el art. 75 del Decreto Ley 1222 de 1986.

<sup>41</sup> Para la creación de la sociedad se requirió de un trámite precontractual, que no se agotaba con dicha autorización.

y/o participar en una sociedad por acciones bajo la forma de ESP. Tampoco cabe la posibilidad de que la nulidad un acto administrativo relativo a la prestación de servicios públicos tenga efectos hacia el pasado, pues el art. 38 de la Ley 142 de 1994 consagra que la nulidad de esos actos solo produce efectos hacia el futuro.

27. La **Asamblea**<sup>42</sup> también solicita revocar el fallo impugnado, dado que el primer debate de los proyectos de ordenanza de carácter ordinario se efectúa en sesión plenaria, en tanto que la primera discusión de las ordenanzas orgánicas<sup>43</sup> es la única que se realiza en la comisión correspondiente. Agrega que la exposición de la iniciativa del acto contiene la justificación y necesidad de la medida adoptada, y su presentación de forma conjunta entre el administrador temporal del sector de agua potable y el gobernador no invalida la competencia de este último.

28. La **Procuraduría**<sup>44</sup> afirma que si bien el *a quo* acogió tres de los cargos esgrimidos, pide hacer un pronunciamiento sobre las demás razones aludidas en la demanda, puesto que, (i) la competencia para presentar la iniciativa de la ordenanza era del administrador temporal del sector agua potable, en virtud de la asunción de atribuciones del jefe del organismo intervenido<sup>45</sup>, (ii) desde la ejecutoria de la sentencia T-302/17 de la Corte Constitucional, cualquier medida normativa (positiva o negativa), sin importar el orden, que se concrete en los municipios de Uribia, Manaure, Maicao y el distrito de Riohacha, relacionada con derechos de la comunidad Wayúu, entre ellos, el agua potable, requiere la consulta previa antes de su expedición. La vulneración de dicho trámite afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a esa comunidad<sup>46</sup>, y (iii) se trasgredió la obligación de dar a conocer al público, sin que medie petición alguna, el trámite de la ordenanza. La omisión de publicidad de decisiones que preceden al acto definitivo puede constituir causal de nulidad por vulneración al debido proceso, o expedición irregular.

29. Insiste en que el gobernador del departamento carecía de competencia para firmar la escritura constitutiva de la ESP, pues ésta era del administrador temporal<sup>47</sup> y agrega que es un contrasentido la decisión del *a quo* de declarar nulo el contrato de sociedad, seguida de la orden impartida al gobernador de terminarlo unilateralmente y disponer su liquidación, por lo que lo pide modificar el ordinal tercero del fallo apelado, a fin de eliminar la orden de dar por terminado el el acuerdo societario y conservar la disposición de su liquidación en el estado en que se encuentre.

<sup>42</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fls.1575 a 1581.

<sup>43</sup> A saber, las que aprueban el plan nacional de desarrollo y las relacionadas con temas de planeación, desarrollo económico y social, apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y las zonas fronterizas.

<sup>44</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fls.1599 a 1626.

<sup>45</sup> Señala que el artículo 2.6.3.4.2.22 del Decreto 1068 de 2015 indica que "[s]in perjuicio del ejercicio de las demás competencias y facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público objeto de la medida de asunción temporal (...)", por lo que el administrador temporal ejerce, en relación con dicho servicio, las facultades del gobernador, conforme al art. 305 de la Constitución Política, en las cuales quedan incluidas "las demás que le señalen la Constitución, las leyes y las ordenanzas" –concepto 2046 de 2011 de la Sala de Consulta y Servicio Civil–.

<sup>46</sup> Literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, que señala expresamente que los gobiernos, sin distinción alguna, deben consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean, entre otras, medidas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y en todo caso, establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en organismos administrativos responsables de políticas y programas que les conciernan. En el contenido de las actas de los debates no se verifica participación ciudadana en general y menos de la comunidad diferenciada Wayúu.

<sup>47</sup> El art. 2.6.3.4.2.22 del Decreto 1068 de 2015 prevé que al administrador designado le corresponde "b) suscribir los contratos que sean requeridos para garantizar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad de los servicios intervenidos".

## Trámite en segunda instancia

30. El Tribunal concedió los recursos de apelación<sup>48</sup> y esta Corporación los admitió en proveído del 3 de abril de 2024<sup>49</sup>. En auto del 17 de junio de 2024, el Despacho sustanciador negó la solicitud de medida cautelar, formulada por la demandante en segunda instancia<sup>50</sup>. No se corrió traslado a las partes para alegar, por cuanto no se decretaron pruebas ante esta Corporación<sup>51</sup>.

## III. CONSIDERACIONES

### Problema jurídico

31. La atención de la Sala en esta instancia se contrae a determinar, en primer lugar, si ¿la ordenanza enjuiciada debe anularse? Para absolver este interrogante, la Sala iniciará por precisar su contenido y el contexto que la originó, luego se establecerá si se configura alguno de los reproches endilgados en su contra y, para el efecto, se estudiarán los vicios que fundamentaron la decisión en primera instancia; si se concluye su falta de acreditación, se pasarán a estudiar los defectos referidos por la Procuraduría en su impugnación.

32. La respuesta afirmativa al anterior interrogante conducirá a la Sala a examinar si con base en tal declaración procede la invalidez del contrato de sociedad que dio origen a ESEPGUA, contenido en la escritura pública No. 1022 de 2020. En caso de que las anteriores pretensiones no prosperen, se estudiará la petición subsidiaria relacionada con la nulidad del art. 74 de los estatutos sociales de la empresa, en punto a su régimen de contratación.

### Cuestión previa

33. El orden de examen de los cargos propuestos propende por un estudio completo de las razones de la apelación, en unión con la adopción de una decisión eficiente de la autoridad judicial; por tal razón, sólo en el evento de que no prosperen los supuestos que fundamentaron la determinación cuestionada, se pasará a estudiar los demás cargos que el *a quo* descartó en su providencia. Esta metodología resulta una vía eficaz para desatar el conflicto, y permite subrayar que, de hallar configurado un vicio de ilegalidad en la ordenanza demandada, la Sala quedará relevada de analizar los demás defectos aducidos por cuanto la concreción de un vicio invalidante resulta suficiente para despojar a la ordenanza enjuiciada de su atributo de legalidad y expulsarlo del orden jurídico, por lo que ya no habrá un acto sobre el cual avanzar en la realización de otros análisis.

### Análisis del caso

---

<sup>48</sup>Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: "4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2" [cuaderno 1], fl. 1630 a 1632

<sup>49</sup>Índice 4 de SAMAI.

<sup>50</sup>Índice 25 de SAMAI. La Procuraduría pidió que se ordenara al representante legal de ESEPGUA abstenerse de suscribir contratos cuyo régimen de contratación no sea el EGCAP. Se negó tal solicitud, pues no se evidenció la ocurrencia de algún hecho sobreviniente que de cabida al decreto de una medida cautelar, después de la negativa de otra (ya se había presentado la misma solicitud, y fue negada por el Tribunal de primer grado).

<sup>51</sup>De conformidad con el art. 247 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

34. Como antecedente directo de la Ordenanza 524 de 2020 se encuentra el oficio 1-2017-0125 del 20 de febrero de 2017, contentivo del “*informe de diagnóstico a la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el Departamento en el marco del PAP-PDA de las vigencias 2010 a 2016...*”, que puso en evidencia la concreción de los eventos de riesgo de que tratan los numerales 9.1 y 9.18 del Decreto 28 de 2008<sup>52</sup>, estos son, la falta de entrega al Gobierno Nacional de la información completa, o el suministro de información errónea sobre el mencionado servicio y la constatación de una situación inminente que afecta las metas de continuidad, cobertura y calidad de aquel, así como el ineficiente o inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Participaciones, en tanto que el departamento, al 31 de diciembre de 2016, solo ejecutó el 33 % de los recursos disponibles para el Plan Departamental de Agua – PDA.

35. En línea con lo anterior, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de Vivienda, Ciudad y Territorio presentaron al CONPES la recomendación de adoptar la Asunción Temporal de la Competencia del departamento, la cual fue ratificada por este organismo, mediante el documento CONPES Social 3883 del 21 de febrero de 2017. Esta medida se adoptó en la Resolución 460 del 2017, que estableció en su art. 6, que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio debía asumir, por un plazo determinado, las funciones concernientes al sector de agua potable y saneamiento básico del departamento, de conformidad con las competencias indicadas en el Decreto 28 de 2008<sup>53</sup> y la Ley 715 de 2001. Se contempló dicha medida por un período de 36 meses.

36. En diciembre de 2019, el Ministerio de Vivienda rindió el “*Informe de evaluación a la Administración Temporal del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico del Departamento de La Guajira*”<sup>54</sup>, en el cual afirmó que, a pesar de que la *administración temporal* logró un alto cumplimiento de indicadores, no alcanzó la ejecución del PGEI 2017 - 2019 en un 80 %, como lo ordenó el documento CONPES 3883 de 2017. Se fijaron como condiciones para que el departamento reasumiera la competencia del sector de agua potable y saneamiento básico las de: (1) presentar un avance en la ejecución de los proyectos del PDA por encima del 80%; (2) definir los instrumentos de planeación de corto y largo plazo

<sup>52</sup> “Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”.

<sup>53</sup> “ARTÍCULO 13 del DECRETO 28 DE 2008. Medidas correctivas. Con el propósito de ejercer el control a los eventos de riesgo identificados en el presente decreto, además de las previstas para cada sector en las normas vigentes, son medidas correctivas:

(...)

13.3. Asunción temporal de competencia. En el evento en que el municipio incumpla el plan de desempeño con los ajustes a que se refiere el artículo 12 del presente decreto, la competencia para asegurar la prestación del servicio la asumirá temporalmente el departamento, y en el caso de los departamentos o distritos, la Nación, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

13.3.1. El departamento o la Nación, según el caso, ejercerán las atribuciones referentes a la programación presupuestal, ordenación del gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones asignados para la financiación del correspondiente servicio. En este evento, el departamento o la Nación, están facultados para determinar quién tendrá a su cargo la administración del servicio y para celebrar los contratos con terceros para este fin.

El administrador o el tercero contratado para estos efectos tendrán las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público y podrá disponer para tal fin de los recursos del Sistema General de Participaciones como ordenador de gasto y nominador dentro de los límites de la ley. Lo anterior, sin perjuicio del proceso de certificación de competencia sectorial previsto en las disposiciones vigentes en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones, de lo previsto en el numeral 73.15 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007 y lo dispuesto en la Ley 1176 de 2007.

13.3.2. El departamento o la Nación, según el caso, adoptarán las medidas administrativas, institucionales, presupuestales, financieras y contractuales, necesarias para asegurar la continuidad, cobertura y calidad en la prestación de los servicios y la ejecución de los recursos dispuestos para su financiación, para lo cual se le girarán los respectivos recursos del Sistema General de Participaciones ...” (se subraya).

<sup>54</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.342 y ss.

de PDA; (3) estructurar planes de acción para los municipios vinculados al PDA; así como (4) implementar el plan de aseguramiento en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en los municipios vinculados al PDA.

37. Vistos los índices de cumplimiento del administrador temporal, este último, junto con MinVivienda, recomendaron: (i) extender la medida de asunción temporal de competencias; (ii) la creación de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios departamental, para que actuará como gestor del PDA; o (iii) la ampliación de la planta de personal en el área de Servicios Públicos y/o el diseño de un Proyecto de Inversión para ejecutar el PDA directamente, con la precisión de que las dos últimas medidas implicaban la estructuración de una estrategia institucional que no se podía “realizar en menos de doce meses, adicional a la puesta en marcha que también requiere de un tiempo adicional (sic) en capacitación y desarrollo de habilidades sectoriales”<sup>55</sup>.

38. Bajo este panorama, la Asamblea profirió el 15 de diciembre de 2020, la ordenanza objeto de cuestionamiento, en el cual se determinó lo siguiente:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Autorizar al señor Gobernador del Departamento de la Guajira, para constituir y/o participar en una Sociedad por Acciones bajo la forma jurídica de Empresa de Servicios Públicos de carácter oficial, descentralizada del orden departamental, con capital público, en asocio con los Municipios del Departamento de La Guajira que resulten interesados en participar como socios de la misma, atendiendo los términos establecidos en la Ley 142 de 1994 y demás normas afines y concordantes que regulen la materia.

**ARTICULO SEGUNDO:** Autorizar al Gobernador del Departamento de La Guajira, para realizar en el marco de la implementación de la Política Pública Nacional del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento en el Departamento de La Guajira PDA, las gestiones pertinentes con el fin de adelantar el proceso de implementación, organización y fortalecimiento institucional de la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en términos de eficiencia como lo determina la Ley 142 de 1994 y demás normas reglamentarias aplicables de descentralización administrativa en lo pertinente a la prestación de dichos servicios públicos en el área urbana y rural de la jurisdicción del Departamento de la Guajira.

**PARAGRAFO:** En la Sociedad por Acciones bajo la forma jurídica de Empresa de Servicios Públicos de carácter oficial, descentralizada del orden departamental, que se llegare a constituir, se le asignarán al Departamento de La Guajira las funciones de Gestor indicadas en el artículo 2.3.3.1.2.3 del Decreto N° 1425 de 2019.

**ARTICULO TERCERO;** Autorizar al Gobernador del Departamento de La Guajira, para realizar todas las acciones, de índole financiero, contractual y administrativo, que sean requeridos para la implementación de la Política Pública Nacional del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento en el Departamento de La Guajira PDA, así como para la puesta en marcha y financiamiento del ente gestor cuya autorización se autoriza en la presente ordenanza.

**ARTÍCULO CUARTO:** Autorizar al Gobernador del Departamento de La Guajira, para realizar modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la actual vigencia fiscal, las cuales envuelven, traslados, adiciones y demás movimientos presupuestales, aportes de rentas y autorizar la asunción de los compromisos que se requieran de conformidad con las normas presupuestales para dar cumplimiento a las autorizaciones otorgadas en la presente ordenanza.

**ARTÍCULO QUINTO:** El Gobernador del Departamento de La Guajira, (sic) deberá presentar un informe a la Asamblea Departamental sobre las actividades

<sup>55</sup> Ibidem, fl.360.

realizadas en desarrollo de cada una de las facultades otorgadas a través de la presente ordenanza”<sup>56</sup>.

39. Los cargos aducidos contra el acto enjuiciado se afincan en la presunta irregularidad en su expedición y en la incompetencia del gobernador del departamento para la presentación de la iniciativa del proyecto de ordenanza – también se aludió el cargo de infracción de normas en debía fundarse la ordenanza; sin embargo, este vicio se subsume en los razonamientos esbozados respecto de los otros defectos—. Bajo este panorama, pasa a examinarse la ilegalidad alegada en relación con los debates que debían surtir para la aprobación del proyecto de ordenanza –primera razón en que el Tribunal basó su decisión de anulación–.

40. La expedición irregular se concreta en una vulneración de los elementos que componen el trámite del acto, al no seguir los parámetros del procedimiento fijados en la ley para el efecto. Pero no todo defecto concerniente a la formalidad del acto administrativo desencadena en la sanción anulatoria del mismo, en tanto sólo el desconocimiento u omisión de aquellas que deriven en aspectos sustanciales de la determinación y que, además, revistan la connotación de gravedad, capaz de cambiar el sentido de la decisión tienen la relevancia para repercutir en su validez<sup>57</sup>.

41. Corresponde al juez desentrañar, en cada caso, los requisitos o fases del trámite cuyo cumplimiento se cuestiona, para establecer si dicha irregularidad es de tal envergadura que pueda llegar a cambiar la decisión debatida, lo cual impone adelantar un análisis de las actuaciones que precedieron la expedición del acto, a la luz del régimen aplicable.

42. En el presente asunto, la expedición de las ordenanzas está contenido en el reglamento interno de la Corporación –Ordenanza 410 de 2016 –, el cual, a su vez, debe acompasarse con lo estatuido en el Decreto Ley 1222 de 1986 –Código de Régimen Departamental–, norma que regulaba dicha materia para la época de los hechos que dieron origen al *sub examine*.

43. En los términos de los artículos 75 y 76 del Decreto 1222 de 1986, para que un proyecto de ordenanza adquiera esta connotación, se requiere que sea debatido y avalado por la mayoría de los diputados en tres (3) sesiones de la Asamblea, las cuales deben realizarse en días distintos. Si esos asuntos que no obtienen la aprobación en por lo menos dos debates, deben ser archivados al término de las sesiones ordinarias o extraordinarias; pero si el mismo fue aprobado, deberá pasar al gobernador para revisión y sanción, seguida de su promulgación y publicación en la gaceta departamental.

44. Este mandato fue reproducido en el art. 66 del reglamento interno de la Corporación<sup>58</sup>. Al final de la ordenanza censurada se anotó que se surtieron tres debates: (a) el primero, el 10 de diciembre de 2020, (b) el segundo, el 14 de ese mismo mes y año, y (c) el tercero, el 15 de diciembre siguiente. El foco de la

<sup>56</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.110 a 115.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 22 de septiembre de 2021, radicación 11001-03-26-000-2021-00071-00(66795), Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez.

<sup>58</sup> ARTICULO 66. DEBATES A LOS PROYECTOS DE ORDENANZA. Cada proyecto de ordenanza debe surtir tres debates, en días distintos y no se pasará a la sanción del Señor Gobernador, sin haber sido aprobado en cada debate por la mayoría relativa.

controversia estriba en la naturaleza de dichas discusiones, puesto que el *a quo* asegura que este trámite desconoció Decreto Ley 1222 de 1986, en la medida que su primer debate no se surtió en la comisión respectiva sino en plenaria. Frente a ello, el departamento, ESEPGUA y la Asamblea, consideran que no se trasgredió el procedimiento previsto puesto que el art. 37 del mencionado Decreto Ley solo prevé el primer debate ante comisión para unos temas específicos –dentro de los cuales no se ubica el asunto en cuestión– y, además, el art. 82 del reglamento interno establece que el primer debate de los proyectos de ordenanza debía efectuarse en plenaria, como, en efecto, aconteció.

45. Para desatar la contradicción advertida, se observa que el art. 36 del Decreto Ley 1222 de 1986 consagra que “[l]as asambleas deberán integrar comisiones encargadas de dar informes para segundo y tercer debate a los proyectos de ordenanza, según los asuntos o negocios de que dichas comisiones conozcan y el contenido del proyecto”. Por su parte, el art. 37 de esa misma norma regula que “[l]as asambleas departamentales elegirán dentro de los diez (10) primeros días de sus sesiones ordinarias, la comisión del plan compuesta por un número no mayor de la tercera parte de sus miembros, encargada de dar primer debate a los proyectos de ordenanza relativos a los planes y programas de que trata el ordinal 2 del artículo 187 de la Constitución y de vigilar su ejecución”.

46. La estructura que plantean estas normas permite colegir las siguientes premisas: (i) las Corporaciones deben constituir comisiones permanentes, según una distribución temática para el conocimiento de los asuntos que son de su resorte<sup>59</sup>, (ii) a estas últimas se les asignó la labor de rendir informe, previo a la realización del segundo y tercer debate, (iii) al lado de esos comités, el art. 37 ordena la creación de una comisión específica sobre el plan de desarrollo económico y social departamental, (iv) ésta debe dar el primer debate a los proyectos de ordenanza aludidos en el art. 187.2 de la Constitución Política –vigente para la época de su expedición, es decir, la Constitución de 1886–. Dichos proyectos se refieren a temas concernientes a “los planes y programas de desarrollo económico y social departamental, así como los de las obras públicas que hayan de emprender o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos”; (v) la precisión sobre la realización del primer debate por parte de la comisión del plan no fue establecida como una fase única para los proyectos de esa materia; y, (vi) el propósito del mencionado art. 37 no versa sobre el establecimiento de un trámite especial para la discusión de ciertos proyectos, sino respecto de la creación de una comisión particular para el conocimiento de una materia concreta.

47. La alusión que el pluricitado art. 37 hace a la discusión del primer debate en comisión se extiende como una exigencia para los demás asuntos –más allá de que no versen sobre los temas atribuidos en específico a la comisión del plan–, en tanto que de éste se deriva la obligación de adelantar el primer debate en comisión, ya sea permanente o en la especial del plan. Este mandato se enlaza con lo indicado

---

<sup>59</sup> El art. 72 del Decreto Ley 1222 de 1986 determina que “[l]os actos de las asambleas departamentales destinados a dictar disposiciones para el arreglo de alguno de los asuntos que son de su incumbencia se denominarán ordenanzas; los que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial, como un nombramiento, o la decisión de un punto determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados, se denominarán en general resoluciones”.

en el art. 36 ib. en el que se impone a la comisión respectiva el deber de rendir el informe de lo acontecido en primer debate, previo a la discusión del segundo y tercer debate en plenaria de la Corporación. Ello es así, pues carecería de razonabilidad encargar a la comisión de la tarea de rendir informe a sí misma sobre un asunto que ya conoce, de modo que dicho encargo tiene como fundamento reportar a la Asamblea en pleno lo acontecido en punto a los proyectos que se discutieron al seno de las atribuciones de cada comisión particular, según la distribución temática previamente dispuesta.

48. La visión de los derroteros que prevé el Decreto Ley 1222 de 1986, es consonante con lo dicho por esta Corporación sobre esta materia, en oportunidades anteriores:

*“En armonía con la anterior disposición [el Decreto Ley 1222 de 1986] se encuentra el artículo 132 de la Ordenanza 00026 de 2007, ‘Por la cual se expide el Reglamento Interno de la Asamblea Departamental del Atlántico y se dictan otras disposiciones’, el cual estableció:*

*‘Ningún proyecto será ordenanza sin el lleno de los requisitos o condiciones siguientes:*

- 1. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente.*
- 2. Tener informe de comisión para segundo debate.*
- 3. Haber sido aprobado en plenaria en segundo debate.*
- 4. Haber sido aprobado en plenaria en tercer debate.*
- 5. Haber obtenido la sanción del Gobierno Departamental.*
- 6. Haber sido publicado en la gaceta departamental”<sup>60</sup>.*

49. La lectura integral de las previsiones referidas, permite establecer que el primer debate de los proyectos de ordenanza debe efectuarse ante la comisión respectiva, luego ésta debe rendir informe, previo a la realización de la segunda discusión del proyecto en plenaria de la Asamblea, seguido de otro informe presentado por la comisión como paso antecedente al tercer debate en plenaria del proyecto; conforme a este circuito de construcción normativa, si el mismo obtiene la aprobación requerida, pasa a sanción del gobernador y a su posterior publicación en la gaceta departamental.

50. Al examinar el reglamento interno de la Asamblea (la ordenanza 410 de 2016)<sup>61</sup>, se observa una discordancia con lo acabado de indicar, puesto que su art. 82 determina que “[e]l primer debate de cada proyecto de Ordenanza se efectuará en Sesión Plenaria de la Asamblea y solamente será para estudiar su conveniencia, legalidad y su constitucionalidad”; sin embargo, la misma se supera fácilmente de cara a la naturaleza del reglamento, cuya categoría normativa es menor frente a la que ostenta la ley que regula la materia y en cuyo marco se confiere tal autorización; por lo que el desencuentro entre uno y otro instrumento se supera al hacer prevalecer el mandato de categoría superior, que en este caso corresponde al Decreto Ley 1222 de 1986.

51. Aunque el propio art. 33 ib. asigna a cada asamblea departamental la atribución para expedir el reglamento para su organización y funcionamiento, tal

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 08001-23-31-000-2012-90245-01, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López.

<sup>61</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.221 a 282.

encargo no puede exceder o desconocer las previsiones generales que demarcan la materia, dispuestas como como reglas orientadoras de la actividad de dichas corporaciones a lo largo del territorio nacional; de modo que tal gesta debe estar enmarcada en los límites definidos por la ley y no autorizan a modificar el sistema de construcción normativa territorial, ni el diseño de discusión y aprobación de estos instrumentos.

52. El reglamento constituye una norma general ubicada en una escala inferior frente a la ley en la estructura de jerarquía normativa, por lo que debe someterse a lo que las previsiones superiores establezcan. En otras palabras, ese tipo de actos tiene por objeto el desarrollo y acatamiento de normas de mayor rango, quedando sometidos a éstas; por ende, cuando el reglamento supera o rebasa el ámbito expresado por la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez<sup>62</sup>.

53. Hay que señalar, que de una lectura sistemática e integral respecto de las demás previsiones que conforman el reglamento interno de la Asamblea, al margen de la disonancia advertida en el art. 82, se colige que las demás reglas de su articulado son concordantes con el Decreto Ley 1222 de 1986, en punto a determinar que el primer debate de los proyectos de ordenanzas se efectúa en la comisión permanente respectiva.

54. El capítulo II del Título III del reglamento, esbozó todo un acápite relativo al primer debate, en el que se estableció que; (a) previo a la discusión del asunto se designará un ponente para la elaboración de un informe sobre el asunto<sup>63</sup>; (b) el debate no se inicia hasta que todos los diputados de la comisión hubieren recibido el informe de la ponencia –art. 89<sup>64</sup>–, lo cual avala que esa primera discusión procede en sede de comisión y no de plenaria, si no los llamados a recibir el informe serían todos los diputados de la Corporación; (c) en caso de rechazarse un proyecto, procede su apelación ante la plenaria de la Asamblea –art. 99<sup>65</sup>–. Esta regla ratifica que el primer debate tiene lugar en la comisión, pues la apelación se surte ante el superior jerárquico de la autoridad que emite la decisión, de modo que la plenaria no puede ser la misma que emita la determinación, pues es la llamada a resolver la alzada; (d) el aplazamiento de un proyecto procede por aprobación de la mayoría de los miembros de la comisión –art. 100<sup>66</sup>–, regla expresa en contemplar que en dicho comité se realiza la primera discusión del asunto; y (e) la orden de cierre del debate se dirige sin dubitación a la comisión respectiva, en tanto la norma prescribe que *“el Presidente de la Comisión preguntará a la Plenaria de la misma: ¿Quiere la Comisión que este proyecto tenga segundo debate?”* –art. 101<sup>67</sup>–, lo cual no hace más que afianzar, como se dijo, que esa primera discusión

<sup>62</sup> Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 19 de septiembre de 2017, radicación 2318, Consejero Ponente: Germán Bula Escobar.

<sup>63</sup> Arts. 84, 87 y 88.

<sup>64</sup> “ARTÍCULO 89: INICIACIÓN DEL DEBATE. La iniciación del primer debate no tendrá lugar, hasta que los Diputados de la respectiva comisión no hayan recibido la reproducción de la Ponencia, a través de cualquiera de los medios y en los términos señalados en el artículo anterior” (se subraya).

<sup>65</sup> “ARTÍCULO 99: Rechazado o Negado un Proyecto de Ordenanza: Procede el recurso de apelación dentro de los 10 días siguientes a la notificación, el cual se resolverá ante la plenaria. Y en cumplimiento del presente reglamento. Si el recurso se resuelve en forma negativa el proyecto se archivara acto mediante el cual no procede ningún recurso alguno” (se subraya).

<sup>66</sup> “ARTÍCULO 100: APLAZAMIENTO DEL PROYECTO. Al Proyecto de Ordenanza puede presentársele una modificación o proposición de suspensión hasta por tres (3) meses y debe ser aprobada por la mayoría de los miembros de la comisión. Vencido éste término deberá nuevamente someterse a estudio y en ese caso sólo procederá la decisión de aprobación o archivo” (se subraya).

<sup>67</sup> “ARTÍCULO 101: DECISIÓN DE FONDO. Cerrada la discusión con respecto a un Proyecto de Ordenanza el Presidente de la Comisión preguntará a la Plenaria de la misma: ¿Quiere la Comisión que este proyecto tenga segundo debate?” (se subraya).

de la iniciativa de la ordenanza anida en la comisión permanente correspondiente, y una vez ésta sea aprobada, su estudio, en segunda y tercera oportunidad, sí debe surtirse en la plenaria de la Corporación<sup>68</sup>.

55. En suma, al advertir la disconformidad encontrada en punto al contenido del art. 82 del reglamento interno frente a la norma superior (el Decreto Ley 1222 de 1986) y en los términos del art. 148 del CPACA<sup>69</sup>, se inaplicará este precepto de cara a la definición del asunto concreto.

56. Así las cosas, como la interpretación completa del contenido del decreto ley conlleva a desplegar la primera discusión del proyecto de ordenanza en la comisión respectiva, como un eslabón obligado que abre paso a su examen en los otros dos debates. Entendimiento que, como se indicó, guarda coherencia con los demás preceptos del reglamento de la Asamblea, resultaba obligatorio adelantar la primera deliberación del asunto en sede de la comisión correspondiente.

57. En el *sub-lite* expedición de la ordenanza no acató las discusiones exigidas para su aprobación por parte de la Asamblea, no porque se hubiese incumplido con la realización de las tres sesiones en días distintos, pues éstas sí se celebraron, lo que ocurrió es se desconoció el procedimiento previsto para llevarlas a cabo según los mandatos el ordenamiento jurídico. El vicio se concreta en la inobservancia de la normativa particular en punto a la naturaleza de los debates que debían efectuarse, puesto que el primero de ellos se dio ante la plenaria de la Corporación, cuando lo que correspondía era hacerlo en la comisión respectiva de cara a la especialidad y análisis que se impone adelantar antes de pasar el asunto al conocimiento de la plenaria. El material probatorio obrante en el expediente resulta ilustrativo respecto de la conclusión a la que arriba esta Subsección, como pasa a verse:

Documento	Contenido
ACTA No. 129 del 11 de diciembre de 2020 <sup>70</sup>	Se consignó que, en <b>sesión plenaria</b> de la Asamblea, se puso a consideración de <b>primer debate</b> el proyecto de ordenanza No. 27 de 2020 <sup>71</sup> : “ <i>este fue aprobado, y fue el querer de los Honorables Diputados que pase a su segundo debate</i> ”.
ACTA No. 130 del 14 de diciembre de 2020 <sup>72</sup>	Luego de radicarse el informe de ponencia de la comisión segunda, el 13 de diciembre de 2020, se puso a consideración, <b>en segundo debate</b> , el proyecto de ordenanza ante la plenaria, el cual “ <i>fue aprobado, y fue el querer de los Honorables Diputados que pase a su tercer debate</i> ”.

*Si la Comisión votare afirmativamente el Proyecto, éste pasará a la Plenaria a Segundo debate, donde podrá modificarse el mismo.*

*Si la Comisión votare negativamente el proyecto se dará por rechazado y el Presidente procederá a disponer su archivo”.*

<sup>68</sup> “ARTICULO 103: TRÁMITE. Recibido el Proyecto de la Comisión respectiva, el Presidente de la Asamblea lo someterá para segundo debate a la plenaria de la Corporación...”

“ARTICULO 129: CIERRE DE LA DISCUSIÓN Y VOTACIÓN. Cuando ya nadie tomare la palabra en la discusión para el tercer debate de cada proyecto de Ordenanza, el Presidente cerrará la discusión después de haberla anunciado y propondrá la siguiente cuestión: “¿Quiere la Asamblea que este Proyecto sea Ordenanza del Departamento?” (se subraya).

Si la Asamblea votare afirmativamente, el Secretario (a) pondrá la fecha de la adopción al pie del proyecto, que será suscrito por el Presidente y el Secretario (a), ante la misma Asamblea.

Si se votare negativamente, el Proyecto se dará por rechazado y el Presidente dispondrá su archivo”.

<sup>69</sup> ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

*La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.*

<sup>70</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.190 a 194.

<sup>71</sup> Que derivó en la expedición de la Ordenanza 524 de 2020.

<sup>72</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.195 a 198.

<p>ACTA No. 131 del 15 de diciembre de 2020<sup>73</sup></p>	<p>En esta sesión se efectuó el <b>tercer debate</b> del proyecto. Se consignó lo siguiente:  <i>“La señora Presidente ... se permite poner a consideración de la plenaria el Proyecto de Ordenanza No 027 de 2020 en todas sus partes, y este fue aprobado, y <u>fue el querer de los Honorables Diputados que se convierta en Ordenanza No 524 de 2020</u>”.</i></p>
--	--

58. Establecida la irregularidad en que incurrió la Asamblea en el trámite de la ordenanza, corresponde determinar si la misma tiene la virtualidad de afectar la validez del acto.

59. Las fases preestablecidas en el ordenamiento jurídico para la construcción y discusión que se adelanta en los órganos de representación popular a nivel territorial, no son un aspecto menor envergadura, en la medida que hacen parte del engranaje establecido desde el pórtico constitucional en punto a la consolidación de los valores democráticos en que se funda el Estado Social de Derecho. En estos términos, el origen y especialidad con la que debe avanzar el proceso de edificación de la norma contenida en una ordenanza es un parámetro fijado en el modelo de organización adoptado por el Estado que garantiza el principio de participación política, a través del aseguramiento de la intervención de los representantes de la población, a fin de que éstos puedan examinar los asuntos sometidos a su conocimiento, expresar sus opiniones sobre los mismos y deliberar en torno a la pertinencia del asunto, en punto a su aprobación o no.

60. Ante la confrontación de tan importantes valores de orden democrático, el cumplimiento de estas fases no se inscribe en un mero formalismo de gestión, en cambio, se ubica en un terreno sustancial que expresa la forma germinal y en etapas sucesivas que debe seguir un proyecto para llegar a consolidar la expedición de una ordenanza, siendo cada uno de sus escenarios eslabones de un contexto de especialidad, discusión, deliberación y aprobación de una etapa frente a otra.

61. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en todo caso, ha precisado que hay defectos que no revelan un verdadero vicio en la constitución del acto, por lo que al examinar las irregularidades del procedimiento señala que se debe analizar si, i) a pesar de estas falencias se cumplió el objetivo protegido por la norma procesal, o ii) este déficit fue convalidado o subsanado dentro del mismo trámite que derivó en la formación del acto<sup>74</sup>.

62. La tarea de deliberación como garantía de implementación de medidas de protección democrática se proyecta en todos los ámbitos en los que se ejercen labores de naturaleza normativa. De modo que no solo es evaluable su cumplimiento a nivel nacional, sino que su realización también sucede en los niveles departamental, distrital o municipal del territorio. Tal discusión se hace patente en cada una de las etapas que prevé el ordenamiento jurídico para el efecto, de donde se destaca que el debate que se lleva a cabo en las comisiones permanentes y especializadas, tiene razón de ser en los fundamentos de eficiencia y solidez que debe acompañar toda iniciativa normativa, y que, tratándose de Asambleas Departamentales, será confiado a los diputados de la comisión que manejan con mayor frecuencia el tema objeto de regulación, de manera que el

<sup>73</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.196.

<sup>74</sup> Sentencia C-792 de 2000, citada en la sentencia C-011 de 2013 de la Corte Constitucional.

estudio del proyecto se efectúe inicialmente por aquellos representantes que tienen experiencia o conocimiento especializado en la materia que se discurre, y se garantice y promueva un trámite deliberativo más profundo y argumentado.

63. Cuando el Legislador asigna una fase del procedimiento a un cuerpo u órgano en particular, en este caso a una comisión, no lo hace por un motivo arbitrario, de preferencia, o carente de fundamento, lo realiza a fin de que se cumpla un propósito, que en este caso no es otro que buscar que el proyecto de ordenanza tenga su primer examen bajo el lente de un cuerpo especializado en la materia, es decir, que se trate realmente de un control deliberativo, sopesado y razonado, libre de improvisación, ligereza e impericia.

64. En este orden de ideas, la no realización del primer debate en la comisión especial que corresponda, no puede convalidarse con la realización de una sesión plenaria, porque lejos de que el diseño de participación popular pueda rendirse al aforismo de que quien puede lo más puede lo menos, el esquema de deliberación democrática está afianzado en la construcción de un sistema normativo respaldado en la especialidad de sus análisis, soportado en estudios de diversa gama, y cuya propuesta, en ese primer peldaño, debe agotar la máxima discusión, que es la que propicia y justifica el trabajo de las comisiones especiales que prevé el ordenamiento jurídico.

65. La verificación de la realización de los debates correspondientes no se sule con la simple observación de su deliberación en tres ocasiones distintas, pues no se trata de una llana comprobación de un elemento formal, sino de advertir si el objeto que soporta el establecimiento de los requisitos, y con ellos, de la estructura de discusión, se cumplió o no, todo lo cual se analiza en la perspectiva que atañe al intercambio argumentado que debe darse y en clave sustancial a éstas.

66. Para la Sala, el propósito perseguido en la norma procesal que rigió el asunto en estudio no se cumplió, en la medida que no se surtió una concertación técnica y experta en punto al proyecto de ordenanza propuesto, lo cual se comprueba con la falta de soporte para la creación de la empresa, en contravía con lo previsto en el art. 262 del Decreto Ley 1222 de 1986<sup>75</sup>, en la medida que su iniciativa estuvo acompañada de escueta exposición de motivos, carente de estudios o explicaciones frente a las incidencias administrativas, económicas y presupuestales que implicaría la creación y puesta en marcha de la ESP. En este documento, el Gobernador y el Administrador Temporal se limitaron a referir algunas bases normativas, sin plasmar ni desarrollar los análisis o estudios que merece y exige esta decisión ante los efectos que generaba la creación de la ESP en los distintos ámbitos que la normativa requería.

67. Asimismo, luego de la realización del primer debate, en el estudio rendido por el ponente asignado por la comisión segunda<sup>76</sup>, se propuso incluir dos nuevos artículos –el tercero y el cuarto– relacionados con las autorizaciones provistas al

---

<sup>75</sup> “ARTÍCULO 262.-Sólo a iniciativa de los gobernadores podrán las asambleas autorizar, pro tēpore y de manera precisa, la creación, transformación, supresión, fusión o modificación, de entidades descentralizadas. Los respectivos proyectos deberán acompañarse de los estudios a que se refiere el inciso final del artículo anterior [ese inciso se refiere a los estudios que muestren las incidencias administrativas, económicas y presupuestales de las medidas que se proponen]”

<sup>76</sup> índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.203 a 220.

Gobernador para para realizar todas las acciones, de índole financiero, contractual y administrativo, que fueran requeridos para la implementación del PDA, así como las modificaciones al presupuesto del departamento que se consideraran pertinentes, sin más precisiones al respecto. Lo que sobresale de este informe y de los preceptos que incluyó, es la carencia de fundamentos, sustrato que debe acompañar una iniciativa de este resorte, en tanto adolece de justificación técnica, financiera o contable alguna, es decir, no tienen respaldo, dado que su sustento se circunscribió a la enunciación de un marco legal, rezagando su motivación a un ejercicio teórico de reproducción normativa.

68. La omisión del primer debate ante la comisión respectiva también pretermitía la oportunidad de que se resolviera en apelación el evento del rechazo o negativa del proyecto de ordenanza, lo que cercenaba el ejercicio deliberativo sin motivación razonable.

69. En esa medida y ante la configuración de un vicio que sí desconoció el fin que protegía la norma procesal, la Sala considera que obran razones para que se declare la nulidad de la Ordenanza No. 524 de 2020, expedida por la Asamblea Departamental de La Guajira, por cuanto no se surtieron los debates exigidos para su aprobación en los términos prescritos en la ley. Como se anunció atrás, esta declaración releva a la Sala de pronunciarse sobre los demás cargos de nulidad endilgados, pues resulta suficiente la constatación de este escenario para despojar al acto validez.

70. A la petición de declaratoria de nulidad de la ordenanza, el actor acumuló como consecencial, la de nulidad del contrato de sociedad de ESEPGUA, contenido en la escritura pública No. 1022 del 30 de diciembre de 2020. Como el reproche está dirigido a cuestionar la validez del acto de constitución de la empresa, autorizada a través de la Ordenanza No. 524 de 2020 y contenido en la citada escritura pública, que materializa el pacto logrado entre el Departamento de La Guajira y los municipios de San Juan del Cesar, Urumita, Fonseca, Villanueva, Distracción, y La Jagua del Pilar, el mismo es susceptible de control jurisdiccional<sup>77</sup>, por contener un acuerdo de voluntades en el que participaron varias entidades estatales<sup>78</sup>.

71. Para evaluar la validez del acuerdo que dio lugar a la empresa, la Sala se remite a lo previsto en el derecho privado sobre la materia, que establece que la nulidad del contrato de sociedad “*obedece a un régimen especialísimo que se circunscribe al derecho societario*”<sup>79</sup>, en la medida que los efectos de la regulación particular concebida para este último “*difieren según el presupuesto normativo que la origine. El legislador mercantil estableció, en efecto, un régimen para la nulidad proveniente de ilicitud del objeto o de la causa, y otro para la que surge de la incapacidad absoluta de alguno de los asociados*”<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Criterio reiterado en el proceso que cuestionó la validez del acto de constitución de la sociedad RTVC. Ver auto de la Subsección A de la Sección Tercera del 11 de diciembre de 2020, radicación 11001-03-26-000-2020-00103-00, Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.

<sup>78</sup> Nota original: Expediente núm.: 11001-0324-000-1999-02477-01. Actor: José Noel Ramírez Becerra. Magistrado Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, citada en auto del 19 de octubre de 2021, radicado 11001-03-24-000-2021-00604-00, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

<sup>79</sup> Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia del 5 de octubre de 2016, proceso 2012-801-059, Cámara de Comercio de Barranquilla contra Carcos Mantenimiento de Equipos S.A.S. y otros.

<sup>80</sup> Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo 1,38 Ed (2016, Bogotá, Editorial Temis) pág.175.

72. El art. 899 del C.Co. establece tres hipótesis desencadenantes de nulidad absoluta, consistentes en (i) la contradicción del negocio jurídico respecto de una norma imperativa, (ii) la causa u objeto ilícitos del contrato, y (iii) la celebración del acuerdo por persona absolutamente incapaz. Con la precisión en el art. 104 de ese mismo compendio normativo, de que los vicios aludidos “*afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurran*”.

73. Tratándose del vicio relativo a la incapacidad absoluta, el art. 105 del estatuto mercantil determina que podrá sanearse por ratificación de los socios en quienes concurran las causales de nulidad o por prescripción de dos años –este término empieza a correr desde la fecha en que cese la incapacidad–; sin embargo, esta causal sólo tiene la virtualidad de producir la nulidad de la sociedad “*cuando afecte a un número de socios que impida la formación o existencia de la misma*”, a voces del art. 108 del C.Co.

74. En la órbita pública, la nulidad absoluta por incapacidad se amplía en la contratación estatal para ser tratada en perspectiva de competencia, en el entendido que la medida de *capacidad* para las entidades del Estado al estar circunscrita al principio de legalidad, hace referencia a la autorización expresa y previa del ordenamiento jurídico en punto al marco de actuación en que los entes públicos pueden actuar, lo que concreta el elemento de la competencia (arts. 6, 121 y 122 de la Constitución Política).

75. Lo esencial en este aspecto es distinguir los puntos de desencuentro que derivan de la mezcla del régimen público con el privado, como son, la concepción de capacidad (competencia) que ostentan las entidades estatales y la improcedencia de subsanar las irregularidades advertidas en torno a ésta, por tratarse de defectos de incompetencia insaneables, que generan nulidades absolutas, incluso en los contratos sometidos al derecho común.

76. Así, las causales de nulidad societarias frente a una persona jurídica de naturaleza pública deben aplicarse en atención a los especiales matices que tocan el escenario estatal. Ello se traduce en que procede la utilización de los eventos especiales y taxativamente contemplados en la legislación mercantil para el efecto, bajo la precisión de que la capacidad (competencia) que les atañe a los entes públicos que acudan como socios para la constitución de sociedades está dada por el ordenamiento jurídico y que los defectos que evidencien la incapacidad absoluta (incompetencia) de estos sujetos, no pueden ser objeto de saneamiento por medio de ratificación.

77. En esa medida y con la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 524 de 2020, el efecto no es la nulidad del contrato social; dicha constatación lo que hace es despojar al departamento de la autorización que le fue conferida a efectos de constituir y participar como socio de una sociedad por acciones bajo la forma de ESP, –a fin de que ésta se encargue de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y sus actividades complementarias, y actúe como Gestor del PDA de la entidad territorial–, lo que muestra que se afecta la capacidad del departamento para ser socio de

ESEPGUA<sup>81</sup>, dado que se retira del ordenamiento jurídico la norma que lo habilitó para este efecto<sup>82</sup>.

78. Pese a la incapacidad precisada frente al departamento, ello no conduce a una declaratoria de tal calado respecto de la sociedad, pues no fue solicitada y la Sala carece de facultades para emitir un pronunciamiento distinto al pretendido por el demandante. Con todo, dicha incapacidad para hacer parte de la sociedad no se extiende a la totalidad del contrato social, por cuanto este vicio impacta la autorización para el Departamento, que no de los municipios, y sólo afecta al asociado en que concurre (art. 104 del C.Co.). Con este derrotero, se constata que el vicio detectado no afecta la existencia de ESEPGUA (art. 108 del C.Co.) pues, aun cuando se dé la exclusión del departamento respecto del vínculo societario – asunto que no declara la Sala pues no fue solicitado –, permanecen otros seis (6) municipios en calidad de socios (San Juan del Cesar, Fonseca, Urumita, Villanueva, Distracción y La Jagua del Pilar), lo que garantiza el número mínimo de accionistas que la ley consagra para la constitución de una sociedad anónima<sup>83</sup> – forma bajo la cual se constituyó ESEPGUA –.

79. En estos términos, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad del contrato de sociedad por las razones aludidas, sin perjuicio de que el departamento deba ser separado de su vinculación a la sociedad ESEPGUA S.A. ESP, dada la ilegalidad del acto que lo autorizaba para conformar dicha persona jurídica; por ende, mediante las vías administrativas y societarias se deberá proceder a su exclusión respecto de la composición accionaria de la referida S.A, con las demás consecuencias que de ésta se desprendan frente a las acciones suscritas, pagadas, los aportes efectuados y demás previsiones propias de esta situación, de conformidad con los criterios establecidos en el estatuto mercantil y aquellos aplicables para estos efectos<sup>84</sup>. Lo anterior no obsta, para que en ejercicio de las atribuciones sociales los demás integrantes de aquella adopten las determinaciones relacionadas con la continuidad y subsistencia de la sociedad.

80. Superado lo anterior, se abre paso el examen de la petición subsidiaria.

---

<sup>81</sup> En casos como el *sub-lite*, esta Corporación ha indicado que la declaratoria de nulidad tiene efectos *ex tunc* (con efectos hacia el pasado, es decir, retroactivos); sin embargo, los mismos serán *ex nunc* (en adelante o desde ahora) en respeto de situaciones jurídicas consolidadas.

Así, se dijo en un asunto similar al *sub examine*:

*“Por último, la Sala pone de presente que la nulidad de los artículos 22 y 23 de la Ordenanza 00133 de 2011 afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos ex tunc, es decir hacia el pasado. En este punto debe resaltarse que bien podría pensarse que todas las actuaciones surgidas a la vida jurídica con fundamento en el acto anulado se contagian de sus defectos, y como consecuencia perecen ante la inminente invalidez de su fuente. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha compartido esa tesis, y por el contrario, ha sostenido que, aun cuando la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, las situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectadas por ésta (...)*

*Conforme a lo expuesto, ha precisado la Corporación que lo que se pretende justamente con dejar a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas, es garantizar la seguridad jurídica de los asociados”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 08001-23-31-000-2012-90245-01, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López).

<sup>82</sup> *“ARTÍCULO 8 DEL DECRETO 1221 DE 1986. DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS. Las personas jurídicas en las cuales participen los Departamentos y los municipios, o sus entidades descentralizadas, asociados entre ellos o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetarán a las normas contempladas en los Decretos-leyes 3130 de 1968, artículo 4º, y 130 de 1976, artículos 1º al 5º.*

*Las autorizaciones deben ser dadas previa y expresamente por las Asambleas, los Concejos Municipales y por los actos que hayan creado las entidades que se asocian o constituyen compañías entre sí o con otras personas”* (se subraya).

<sup>83</sup> *“ARTÍCULO 374 C.Co. NÚMERO MÍNIMO DE ACCIONISTAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”.*

<sup>84</sup> De conformidad con régimen especial previsto en la Ley 142 de 1994, en particular, lo definido en el art. 19, y su remisión expresa al estatuto mercantil.

81. Para esclarecer la validez del precepto estatutario debatido, se trae de presente su contenido:

*“ARTÍCULO SEPTUAGÉSIMO CUARTO.- ACTOS Y CONTRATOS: El régimen jurídico de contratación de la sociedad es el derecho privado, conforme a lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la Ley 689 de 2001”<sup>85</sup>.*

82. La Sala advierte que la previsión enjuiciada no es contraria, pero si incompleta en relación con los mandatos que cobijan a la empresa. Esta afirmación se explica teniendo en cuenta el objeto social compuesto de ESEPGUA, el cual, según el art. 5 de sus estatutos, se refiere, entre otros, a la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo y sus actividades complementarias en la geografía del departamento y en las demás zonas o regiones del territorio nacional gestionar, recibir y administrar recursos del orden municipal, departamental, nacional, y de instituciones de carácter público, privado o mixto dirigidos al fortalecimiento del sector de agua potable y saneamiento básico, que sirvan para la ejecución de proyectos de infraestructura en acueductos y/o agua potable, alcantarillado y aseo y sus actividades complementarias; y actuar como Gestor del Plan Departamental de Agua Potable y Saneamiento Básico de La Guajira.

83. En esa medida, cuando la empresa desarrolla su objeto, en el vértice asociado a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, resulta acertada la remisión a la Ley 142 de 1994 sobre el régimen aplicable a sus actos y contratos, correspondiendo al derecho privado.

84. No obstante, cuando ESEPGUA proceda en calidad de Gestora del PDA departamental, la alusión a la Ley 142 de 1994 a la que se refiere el art. 74 de sus estatutos resulta incompleta, por cuanto pasa por alto que el cumplimiento de las funciones por parte del *Gestor* se rige por el EGCAP, en virtud de la determinación que en estos términos fue consignada en art. 1 del Decreto 4548 de 2009<sup>86</sup>, de conformidad con el art. 14 de la Ley 1150 de 2007.

85. Por tanto, la anterior distinción resulta insuficiente para declarar la nulidad del precepto enjuiciado, pues lo que evidencia es la manifestación incompleta del régimen al que está sometida ESEPGUA según la actividad que desarrolle, y no habría razón para anular tal disposición comoquiera que sí aplica y tiene fundamento en tratándose de las actividades que preste como ESPD. Pero aun, sin que la citada cláusula haga tal distinción en el régimen –ya sea como ESP o como Gestor– tal falencia no tiene la entidad de modificar el régimen que por mandato legal le corresponde a ESEPGUA, comoquiera que tal determinación es de orden público, por ello, indisponible para las partes, por lo que será el imperio de la ley, según la actividad, el que deba ser aplicado y sin posibilidad de omitirlo o modificarlo por acuerdo de voluntades; en consecuencia, no se accederá a la prosperidad de la súplica subsidiaria.

<sup>85</sup> Índice 2, SAMAI: EXPEDIENTE DIGITAL, archivo: “4ED\_00020220007500PDF(.pdf) NroActua 2” [cuaderno 1], fls.153.

<sup>86</sup> “Artículo 1. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto” (se resalta).

## Costas

86. En los términos del art. 188 del CPACA, no se condenará en costas a las partes, toda vez que el *sub-lite* fue instaurado a fin de proteger el interés público.

## IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA:

**1. MODIFICAR** la sentencia del 22 de noviembre de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira y, en su lugar, se dispone:

**“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la ordenanza No. 524 de 2020, proferida por la Asamblea Departamental de La Guajira, de conformidad con las razones expuestas en esta sentencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones, de conformidad con las consideraciones y efectos previstos en la parte motiva de esta providencia”.

2. Sin condena en costas en esta instancia.

3. En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

VF

**Nota:** se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**

