

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, diecinueve de septiembre de dos mil dos

Magistrada Ponente: ISABEL CUÉLLAR BENAVIDES

Expediente 200254700
Acción: POPULAR
Actor: JOSUÉ NARVÁEZ DÍAZ Y OTROS
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN Y OTROS

1. LA DEMANDA.

JOSUÉ NARVAEZ DIAZ, JANIO EDUARDO NARVAEZ OVIEDO, CHRISTIAN JOSUE NARVAEZ OVIEDO, a nombre propio y en ejercicio de la acción popular consagrada en la Ley 472 de 1998, instauran demanda contra del MUNICIPIO DE POPAYÁN, LA EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTTEL S.A. E.S.P. y LA FUNDACIÓN EMTTEL, con las siguientes pretensiones:

"1. Que la FUNDACIÓN EMTTEL, reintegre inmediatamente a LA EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTTEL S.A. E.S.P. las sumas de dinero recibidas por concepto de donación.

2. Levantamiento del Velo Corporativo de la Sociedad Anónima EMTTEL E.S.P

3. Tomar las medidas cautelares pertinentes a fin de evitar que la Fundación EMTTEL no haga uso de los recursos de la Empresa Estatal."

1.1. Los hechos

Los actores exponen los siguientes hechos:

El Acuerdo N° 17 del Concejo Municipal de Popayán, creó la Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán como Establecimiento Público Descentralizado, cuya razón fue sustituida por Empresa Municipal de Telecomunicaciones de Popayán EMTTEL, mediante Acuerdo 19 de septiembre de 1992.

El Acuerdo N° 01 de marzo 3 de 1998, autorizó al Alcalde Municipal para transformar la Empresa Municipal de Telecomunicaciones EMTTEL, en una empresa de Servicios Públicos Mixta, Sociedad por Acciones regulada por la Ley 142 de 1994, y para seleccionar a los socios de la nueva sociedad. En este mismo Acto, el Concejo Municipal facultó a la Junta Directiva de EMTTEL, para aprobar y ordenar los aportes que corresponderían a las acciones de propiedad del Municipio en la Empresa EMTTEL S.A. E.S.P., autorización para la cual, el Concejo, carecía de competencia por tratarse de una persona jurídica distinta al Municipio de Popayán que es la que los Concejales coadminstran con fundamento en las funciones que les ha señalado la Constitución. De la misma manera, este Acuerdo le ordenó al Alcalde Municipal que en el término de 120 días presentara a la Corporación Edificia, las reformas administrativas consecuentes con el cambio de naturaleza jurídica, también carecía de competencia por cuanto solo le estaba permitido hacer reformas administrativas en la nueva persona jurídica, pues para este caso, es la Asamblea General de Accionistas quien se

ocupa de estas funciones.

En cumplimiento del anterior Acuerdo, el Alcalde protocolizó mediante Escritura Pública, los Estatutos de la nueva figura jurídica: El Concejo había advertido que el porcentaje de la participación accionaria del Municipio en dicha empresa sería igual o superior al 99% del capital de la Sociedad.

A pesar de ser el Municipio de Popayán el accionista mayoritario de EMTEL S.A. E.S.P., el Gerente inscribió en la Cámara de Comercio del Cauca, la empresa EMTEL S.A. E.S.P. con ampliación del objeto social y los fines que el Concejo Municipal le había señalado, consagró la posibilidad de hacer donaciones y contribuciones en dinero o en especie a Fundaciones y Corporaciones, facultad que no está consignada dentro de la Escritura pública de Constitución.

EMTEL S.A. E.S.P. es una sociedad en la que el Municipio es el accionista mayoritario, posee el 99.97 % de las acciones, por lo que el Alcalde Municipal, tiene el control de la Empresa y por las disposiciones del artículo 38 de la Ley 489 /98 deberá regirse por las normas del derecho público.

Se constituyó la FUNDACIÓN EMTEL, como persona de derecho privado, a la cual EMTEL S.A. E.S.P. hace un aporte de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS. Según lo que se acaba de expresar, EMTEL S.A. E.S.P., se rige por las normas del Derecho Público y se ha convertido en donante de una Fundación de derecho privado, práctica proscrita por el artículo 355 de la Constitución Nacional.

La actuación del Alcalde Municipal se sustrajo de los elementales principios que rigen la administración pública, pues se nota la ausencia total de la Transparencia, porque como representante del municipio y accionista mayoritario de EMTEL S.A. E.S.P. tiene el control absoluto sobre los demás socios que integran EMTEL S.A. E.S.P., a saber: LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P., y el hoy liquidado INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE POPAYÁN, subalternos que participaron en la conformación de la FUNDACIÓN EMTEL y lo que es más grave, en contravía de lo estipulado en el artículo 355 de la Constitución Nacional, pues se han autorizado donaciones a favor de personas jurídicas de derecho privado en donde el mismo mandatario ejerce control, pues sus directivos son sus subalternos.

Son socios de EMTEL S.A. E.S.P., EL INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES, con el 0.005% de las acciones; FONDO DE EMPLEADOS DE EMTEL con el 0.005% de las acciones; FONDO DE EMPLEADOS DEL ACUEDUCTO con el 0.005% de las acciones; ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. con el 0.005% de las acciones; JOSÉ MANUEL CAMPO LÓPEZ, gerente de EMTEL S.A. E.S.P., con el 0.002% de las acciones y el Municipio con el 99.97% de las acciones que equivalen a un valor nominal de \$ 20.558.870.000.

Las actuaciones del Alcalde Municipal, no han sido las más transparentes, porque conociendo la crítica situación financiera por la que atraviesa el Municipio de Popayán, debió ordenar la repartición de los dividendos que le correspondían al Municipio como accionista mayoritario y debieron incorporarse al presupuesto para la ejecución de recursos que la comunidad reclama.

1.2. Los Derechos e intereses colectivos violados.

Expresan que los hechos atribuibles a las demandas, constituyen un agravio al

derecho colectivo de la MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

Aportaron como pruebas:

1. Fotocopia del Acuerdo N° 17 de 1984. (Fl. 8)
2. Fotocopia Auténtica del Acuerdo N° 019 de 1992. (Fl. 20)
3. Fotocopia Auténtica del Acuerdo N° 01 de 3 de marzo de 1998. (Fl. 25)
4. Escritura Pública 1757 de octubre 20 de 1998 de la Notaría Tercera de Popayán. (Fl. 29)
5. Certificado de Existencia y Representación Legal de la FUNDACIÓN EMTEL (Fl. 52)
6. Certificado de Existencia y Representación de EMTEL S.A. E.S.P. (Fl. 56)
7. Estatutos de la Fundación EMTEL (Fl. 61)
8. Acta N° 001 de junio 11 de 2001 de Constitución de la Fundación EMTEL. (Fl. 72)
9. Acta N° 003 de septiembre 13 de 2001 de la Junta Directiva de la Fundación EMTEL. (Fl. 74)
10. Informe de Gestión del año 2001: "Popayán Competitiva, nuestro reto" del Alcalde DIEGO DUQUE. (Fl. 89)
11. Informe de la Asamblea de Accionistas de EMTEL S.A. E.S.P. DE 2001. (Fl. 90)

2. RECUENTO PROCESAL.

2.1. La admisión de la demanda.

La demanda, presentada el 25 de abril de 2002, fue admitida por auto del día 30 del mismo mes y año, en el que se ordenó notificar la admisión al ALCALDE DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN, AL GERENTE DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTEL S.A. E.S.P., al REPRESENTANTE DE LA FUNDACIÓN EMTEL, AL SEÑOR PROCURADOR EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS y AL DEFENSOR DEL PUEBLO. (Fls. 126 y 127).

Al auto se le dio debido cumplimiento.

2.2. La contestación de la demanda

2.2.1. Por el Municipio de Popayán

El Alcalde del Municipio de Popayán, por intermedio de apoderada y en escrito recibido el 21 de Mayo de 2002, (Fl. 132 a 152) contesta la demanda con los siguientes argumentos:

Manifiesta que en la Reforma Estatutaria adoptada por la Asamblea y protocolizada mediante Escritura N° 2202 de 5 de octubre de 2001, se amplió el objeto social de EMTEL S.A. E.S.P., por lo que es falso que el Gerente de EMTEL al registrar la Escritura Pública de constitución haya ampliado el objeto social, legalmente esto no es posible debido a que la Cámara de Comercio simplemente registra lo que consta en las escrituras de constitución o reforma y éstas a su vez, contienen lo decidido por la Asamblea.

Dice que EMTEL no es una Sociedad de Economía Mixta de las reguladas por la Ley 489 de 1998 y no pertenece al nivel de centralizado. Como consta en la Escritura pública de constitución, es una Empresa de Servicios Públicos Mixta, sociedad por

acciones sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 142 de 1994, es decir, tiene una naturaleza jurídica especial que le confiere esta Ley, y no se rige por las normas del derecho público.

Expresa que el artículo 32 de la Ley 142, establece que las Empresas de Servicios Públicos en cuanto a la constitución, actos y administración, se rigen exclusivamente por el régimen privado sin atender al porcentaje, lo que significa que todos los actos de EMTEL se rigen por el derecho privado y no por el derecho público como erradamente lo manifiestan los actores, por lo que EMTEL no es una entidad estatal, es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta que se rige por el derecho privado y que no pertenece al nivel descentralizado de la rama ejecutiva, en consecuencia no le es aplicable el artículo 355 de la Constitución Nacional que está referido a las ramas u órganos del poder público.

Agrega que la FUNDACIÓN EMTEL, es una persona sin ánimo de lucro constituida de conformidad con el código Civil, es una entidad de utilidad pública en la que no existe ánimo de distribución de utilidades y que su objeto social es ejecutar actos en beneficio de la comunidad de Popayán, que implica el mejoramiento de la calidad de vida, la promoción de actividades científicas, tecnológicas, culturales, recreativas y sociales con la destinación de recursos para la dotación de escuelas y hospitales. De manera específica, LA FUNDACIÓN esta creada para ejecutar y gestionar proyectos de apoyo a la educación, salud, educación, cultura, deporte, investigación científica y desarrollo integral, en otras palabras, tiene unos fines comunitarios y de bienestar general y no pretende el beneficio de terceros particulares con los dineros que maneja, más si se tiene en cuenta que sus fundadores son la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P., EMTEL S.A. E.S.P. y EL MUNICIPIO DE POPAYÁN.

Señala que en las donaciones realizadas por EMTEL, no existe mala fe, ni son contrarias a la transparencia, pues este dinero fue entregado con una destinación específica a proyectos comunitarios determinados y que hoy están en ejecución como el Proyecto de estación local de televisión y el parque informático por lo que los aportes no se realizaron en beneficio de un particular.

Considera que el MUNICIPIO DE POPAYÁN, como accionista de EMTEL, ha tomado las decisiones que sean más convenientes para la Empresa, de esta forma, en el año pasado se dispuso por unanimidad que no se distribuirían las utilidades, sino que estas se destinarían a reservas para futuros ensanches, esta decisión se motivó en el ánimo de fortalecer la empresa. Por otro lado, las actuaciones de la FUNDACIÓN EMTEL, son transparentes y por ello no puede afirmarse que haya un agravio a la moral administrativa.

Propuso como excepciones de mérito:

- a) IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN porque con la acción se pretende atacar actos de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios mixta, que por disposición de la Ley 142 de 1994, se rige por el derecho privado y que por virtud de la Ley 489 de 1998 no pertenece al nivel descentralizado de la rama ejecutiva. De otro lado, las acciones populares no están consagradas como mecanismo para atacar decisiones de Empresas que se rigen por el derecho privado y que no pertenecen a ninguna rama del poder público.
- b) INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN A LA MORAL ADMINISTRATIVA, por cuanto

285 17

el Municipio de Popayán representado por el señor ALCALDE MUNICIPAL, ha sido obrado de manera transparente y con sujeción a las disposiciones legales.

2.2.2. Por la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán S.A. EMTel E.S.P.

EMTEL S.A. E.S.P. por conducto de apoderado y en escrito de 21 de mayo de 2002, contesta la demanda. (Fl. 153)

Presenta en términos generales, los mismos argumentos expuestos por el Municipio de Popayán y que se refieren a que la Empresa EMTel S.A. E.S.P. se rige por el derecho privado y en especial por los lineamientos de la Ley 142 de 1994 y 286 de 1996 por tratarse de una EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER MIXTA.

Explica que en el presente caso, no se ha configurado una violación de los derechos colectivos en cuanto la FUNDACIÓN EMTel, desarrolla proyectos como EL PARQUE INFORMÁTICO, que tiene como finalidad satisfacer las necesidades de los grupos menos favorecidos de la ciudad de Popayán.

Se opone a las pretensiones formuladas por los actores y aperta como pruebas: Copia de la Escritura Pública 2202 de octubre 5 de 2001 (Fl. 171); Certificado de Existencia y Representación Legal de EMTel S.A. E.S.P. (Fl. 171) y certificado del Secretario General de EMTel S.A. E.S.P. relacionado con las donaciones realizadas a LA FUNDACIÓN EMTel (Fl. 166)

2.2.3 Por la Fundación EMTel.

El representante legal de la FUNDACIÓN EMTel, en escrito presentado en la Secretaría de este Tribunal el 21 de mayo de 2002, se pronuncia sobre la presente acción (Fl. 170), refiriéndose en especial al proyecto que adelanta la Fundación y que se denomina PARQUE INFORMÁTICO DE CIENCIA, ARTE Y TECNOLOGÍA CARLOS ALBAN, que tiene como objetivo acercar a las capas sociales menos favorecidas a la exploración y uso cotidiano de diferentes tecnologías informáticas y computacionales. El espacio escogido para su funcionamiento se encuentra ubicado entre la calle quinta y sexta y las carreras 23 y 24 del sur - occidente de la ciudad de Popayán, antiguos módulos del CIP, lote de propiedad del municipio entregado en comodato a la Fundación EMTel según la Escritura Pública N° 2810 de diciembre 26 de 2001.

La construcción se ha planificado en dos etapas y las obras se están ya ejecutando; las adecuaciones civiles se encuentran adelantadas en un 64.35% con una inversión de \$700.000.000 de pesos. El Parque Informático tendrá los siguientes servicios: Ludoteca, sala de taller para niños, videoteca, centro de noticias de televisión, salón comunal, auditorio, biblioteca clásica-virtual, galería y taller de arte, seis salones de software educativo, teatro, cafetería, sala de internet, parque de banderas y zona de juegos para niños.

De forma paralela, la FUNDACIÓN EMTel, trabaja en la adecuación del proyecto de Estación Local de Televisión sin ánimo de lucro para Popayán, documento que fue radicado en la ciudad de Bogotá el 22 de octubre de 2001 en la Secretaría General de la Comisión Nacional de Televisión, el objetivo es brindar educación y cultura a través de la televisión.

Dice que de acuerdo a los anteriores planteamientos, no se ha vulnerado derecho ni

interés colectivo alguno, por el contrario, con la ejecución de los proyectos se busca satisfacer las necesidades de la comunidad menos favorecida de la ciudad.

Aporta como pruebas, copia de la Escritura Pública N° 2.810 del 26 de diciembre de 2001 de la Notaría Primera del Circuito de Popayán (Fl. 176); Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la FUNDACIÓN EMTEL (Fl. 184); Informe N° 3 de Interventoría Técnica y Administrativa del proyecto PARQUE INFORMÁTICO (Fl. 195) y Constancia de la Secretaría General de la Comisión Nacional de Televisión para la adjudicación de la licencia de concesión para la operación de una Estación Local de Televisión sin ánimo de lucro (Fl. 197).

2.2.4. Etapas del proceso.

Por auto de 22 de mayo de 2002, se dio traslado a las excepciones propuestas (Fl. 225); el 25 de junio de 2002 se abrió el proceso a pruebas (Fls. 252); el 30 de julio del mismo año se dio traslado para alegar. (Fl. 260)

2.2.5 La coadyuvancia:

En escrito recibido en la secretaría de esta Corporación el 04 de junio de 2002, el señor ALIRIO CALDERÓN BENAVIDES, en su calidad de Concejal de la Ciudad de Popayán, manifiesta su coadyuvancia a la presente acción Popular, refiere en términos generales los mismos hechos presentados en la demanda y en especial, el proceder del Alcalde Municipal porque éste, sin previa autorización del Concejo Municipal, incluye al Municipio de Popayán como socio de la FUNDACIÓN EMTEL y celebra un contrato de comodato con la citada Fundación, con absoluta confusión de los intereses públicos del Municipio y los privados de aquella, y considera que el objeto social de EMTEL S.A. E.S.P., no guarda relación directa con las actividades que realiza la FUNDACIÓN EMTEL. (Fl. 228)

2.3. AUDIENCIA ESPECIAL

Por auto de 12 de junio de 2002, se dispuso citar a las partes a la audiencia especial que se llevó a cabo el 20 de junio de 2002. (Fl. 235)

El día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio. (Fl. 245)

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Por auto de 25 de octubre de 2002, se dio traslado común a las partes para que formularan por escrito sus alegatos de conclusión.

2.4.1. De la parte actora.

Manifiestan que las entidades demandadas argumentan que por ser personas jurídicas regidas por el derecho privado, escapan al control que se ejerce a los bienes y dineros públicos, pero que no debe perderse de vista que se trate de una empresa de servicios públicos de cuyo capital es accionista mayoritario el Estado. (Fl. 268)

237 18

Consideran que las anteriores apreciaciones de las demandadas, son completamente erradas, porque así se trate de una persona de derecho privado, EMTEL S.A. E.S.P., debe gobernarse por normas de derecho público, en atención a que se encuentra constituida mayoritariamente por capital público y ha recibido del Estado la delegación para la prestación de un servicio público, en consecuencia, le es aplicable el artículo 355 de la Constitución.

Citan sentencias de la Corte Constitucional, C-374 de 1995, C-167 de 1995, T-638 de 1998, C-066 de 1997 y del Consejo de Estado ACU-615 de marzo 10 de 1999.

2.4.2. Por el Municipio de Popayán.

Reitera que de acuerdo a la Ley 142 de 1994, EMTEL S.A. E.S.P. en su constitución, actos y administración se rige exclusivamente por el derecho privado, sin atender al porcentaje de participación Estatal. Por esta razón, la donación realizada por EMTEL a la FUNDACIÓN EMTEL, entidad sin ánimo de lucro, con fines sociales, está legalmente permitida pues el objeto social y el derecho privado por el cual se rige, así lo permiten. En conclusión, no puede decirse que ha existido vulneración al derecho colectivo de la Moral Administrativa.

Solicita declarar probadas las excepciones y negar las pretensiones formuladas. (Fl.266)

2.4.3. De la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán EMTEL S.A. E.S.P.

Insiste en la naturaleza privada de la Empresa y en la legalidad del procedimiento adelantado por EMTEL en la donación realizada a la Fundación, con estas conclusiones, solicita que las pretensiones de los actores sean despachadas desfavorablemente.

2.4.4 Por el Ministerio Público

Considera la Agencia del Ministerio Público, que de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta EMTEL S.A., forma parte de la administración pública, así sus actos, contratos y administración se rijan por el derecho privado. Si bien podría sostenerse que EMTEL no integra la rama ejecutiva del poder público, si es claro que forma parte de la administración pública y en esta calidad no puede decretar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

A juicio de la Procuraduría, la donación de la suma de mil millones de pesos no era procedente, pero no aparece demostrado que las entidades demandadas hayan incurrido en trasgresión al derecho colectivo de la moralidad administrativa, como lo ha reiterado el Consejo de Estado, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se prueba la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos.

Explica que en atención a que gran parte de los dineros ya se han invertido, la acción

288

populares prosperaria en el sentido de ordenar la devolución de los dineros que no se hayan comprometido en la ejecución del proyecto y de ordenar a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA EMTTEL S.A., que se abstenga hacia el futuro de realizar cualquier tipo de donación a la Fundación EMTTEL. (Fl. 275)

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

3.1. La competencia

Como la acción se ejercita con base en acciones del MUNICIPIO DE POPAYÁN, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTTEL S.A. E.S.P., y LA FUNDACIÓN EMTTEL de Popayán, corresponde a este Tribunal conocer de la misma en primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998.

3.2. El asunto debatido

La parte actora interpone la acción con la pretensión de que el Tribunal ordene a LA FUNDACIÓN EMTTEL, el reintegro inmediato a la EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTTEL S.A. E.S.P., de las sumas de dinero recibidas por concepto de donación.

3.3. Procedencia de la acción

El artículo 2º de la ley 472 de 1998 define así las ACCIONES POPULARES

"Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible."

Por su parte el artículo 4º de la ley menciona entre otros intereses colectivos:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa; ..."

El caso planteado, señalan los actores que la donación realizada por EMTTEL S.A. E.S.P. a la FUNDACIÓN EMTTEL, es contraria a los preceptos del artículo 355 de la Constitución Política y en consecuencia, esta conducta ha vulnerado el derecho a la Moralidad Administrativa, que se relaciona como derecho colectivo en la Ley 472 de 1998, por lo que es procedente el ejercicio de la acción.

Vale advertir que en los hechos de la demanda, los actores también cuestionan la falta de competencia, tanto del Concejo Municipal como del Alcalde de Popayán, en la expedición de Acuerdos y de diferentes Actos Administrativos, pero como la acción Popular no es el mecanismo judicial adecuado para el análisis de estos cargos, el estudio del presente caso, se centrará en la vulneración del derecho colectivo de la

287 19

moralidad administrativa, previo el análisis de los siguientes puntos:

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTEL S.A. E.S.P.

El Concejo de Popayán, mediante el Acuerdo N° 01 del 3 de marzo de 1998, permite la transformación de la Empresa Municipal de Telecomunicaciones de Popayán EMTEL, en una Empresa de Servicios Públicos Mixta, de conformidad con la Ley 142 de 1994. (Fl. 25) De igual manera, autoriza a la Junta Directiva de EMTEL, para aprobar y ordenar los aportes que corresponderían a las acciones de propiedad del Municipio en la Empresa de Telecomunicaciones y para definir el porcentaje de participación del Municipio que será igual o superior al 99%. (Art. 2 Acuerdo 01 de 1998 de marzo 3, Fl. 25)

Por medio de la Escritura Pública N° 1757 de octubre 20 de 1998 (Fl. 25 y siguientes), la EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, se transforma en EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA, su objeto principal es la prestación del servicio público de domiciliario de telecomunicaciones, telefonía pública básica conmutada y en general todas las actividades complementarias del servicio de telecomunicaciones (Fl. 30.vuelta).

El Municipio de Popayán, suscribe dos millones cincuenta y cinco mil novecientos treinta y siete (2.055.937) acciones, por un valor nominal e intrínseco de veinte mil quinientos cincuenta y nueve millones trescientos setenta pesos (\$ 20.559.370.000) M/Cte, constitutivos de aportes en especie y representados en los activos de la Empresa Municipal de Telecomunicaciones de Popayán EMTEL; LA SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. suscribió cien acciones (100) con un valor nominal e intrínseco de diez mil pesos cada una; EL FONDO DE EMPLEADOS DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN, suscribió cien acciones (100) con valor nominal de diez mil pesos (\$10.000) cada una; EL FONDO DE EMPLEADOS DE LA SOCIEDAD ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P., suscribió cien acciones (100) con un valor nominal de diez mil pesos cada una; EL INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE POPAYÁN suscribió cien acciones con un valor nominal de diez mil pesos cada una. (Fl. 31 vuelta)

En Reforma Estatutaria contenida en la Escritura Pública N° 2.202 de octubre 5 de 2001, (Fl. 167) se establece además del objeto principal que de EMTEL S.A. E.S.P., en desarrollo del mismo pueda "... hacer aportes, donaciones y/o contribuciones en especie o en dinero a asociaciones, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro o formar consorcios, con autorización de la Junta Directiva..." (Fl. 168), facultades que se encuentran registradas en la Cámara de Comercio, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de EMTEL S.A. E.S.P. que obra a folios 56 y siguientes.

El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, establece:

*Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5 Empresa de servicios públicos oficial: Es aquella cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

240

14.6 Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella, o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7 Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

Por su parte el artículo 32 de la misma Ley señala:

"Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y a todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares."

La Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, el cinco de agosto de mil novecientos noventa y nueve, Radicación número: 1.192, conceptuó lo siguiente:

"Régimen de transformación.

Las entidades existentes al momento de expedirse la ley 142 de 1994 que estuvieran prestando alguno o varios de los servicios públicos domiciliarios, debían ajustarse a lo previsto en el artículo 17 de dicha ley. Este precepto dispuso que las entidades descentralizadas se convirtieran en sociedades y que su capital estuviera representado en acciones; excepcionalmente debían adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, dentro del plazo de dos (2) años contado a partir de la vigencia de dicha ley, que se cumplió el día 11 de julio de 1.996 (art.180). Sin embargo, el 5 de julio de 1996 la ley 286 abrió un nuevo plazo de 18 meses, limitando en criterio de la Sala, como única posibilidad, que se transformaran en empresas prestadoras de servicios, o sea ya no podrían optar por la alternativa de convertirse en empresas industriales y comerciales del Estado (Rad. 1003, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar).

Para hacer efectivo lo ordenado por el legislador, éste autorizó que los servicios públicos domiciliarios sean prestados, entre otras personas y entidades, por sociedades por acciones, denominadas "empresas prestadoras de servicios públicos", ESP, las cuales clasifica en: oficiales (100% capital estatal), mixtas (50%

o más, capital estatal) o privadas (el capital público no alcanza el 50%); y por entidades descentralizadas del orden territorial o nacional que conserven o adopten el carácter de empresa industrial y comercial del Estado (art. 17, ley 142/94).

291

Conforme disponen los artículos 19, 15 y 32 de la ley 142 de 1994, la constitución y los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo que no regule de modo especial la ley de servicios públicos, se rigen por las reglas del derecho privado. Por tanto, el régimen aplicable a la transformación de las entidades descentralizadas en sociedades por acciones es el de derecho privado, y específicamente el previsto en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. La aplicación de las reglas de derecho privado a las empresas en las que las entidades públicas sean parte, se produce sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o actividad que realicen (inc. 2°, art. 32).

Por ello conforme al Código de Comercio, la constitución, adición o reforma estatutaria de las sociedades tiene lugar mediante escritura pública, según lo dispuesto en su artículo 110. En los eventos previstos por la ley 142 de 1994, la sociedad comercial por acciones se constituye para la prestación de servicios públicos, bajo las modalidades descritas según el aporte de capital donde participan entidades estatales y particulares, o unas y otros por separado, según el caso."

El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 reza:

"Integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

Del sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas oficiales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, y
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público" (subrayado fuera de texto)

El artículo 68 de la misma Ley establece:

"Entidades descentralizadas.

Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios público o la realización de actividades industriales o

comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. ..."

El H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con Ponencia del Dr. JAVIER HENAO HIDRÓN, en providencia del enero veintiocho de 1999 Radicación 1.171, Actor, MINISTERIO DEL INTERIOR, explico:

"Los organismos creados por la Constitución y la ley que tienen régimen especial, se regirán por éste. Tal ocurre con las empresas de servicios públicos, sometidas a las disposiciones de la ley 142 de 1994 que, además, prevalece en caso de conflicto con otras leyes sobre los servicios a que ella se refiere y que sólo puede ser alterada por leyes posteriores que identifiquen de modo preciso la norma objeto de excepción, modificación o derogatoria (ibídem art. 186).

Es cierto que todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero es menester observar las reglas especiales pertinentes que trae la ley 142 de 1994 en disposiciones tales como las contenidas en sus artículos 24, 27, 49, 50, 51 y 72.

Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º).

Lo anterior indica que para las empresas de servicios públicos mixtas y particulares la intervención de las contralorías se concreta a verificar que el aporte estatal se ajusta a las disposiciones legales y que aquél, convertido en acciones, produzca los objetivos buscados con la inversión."

De acuerdo a lo anterior se concluye que LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE EMTEL S.A. E.S.P. es una empresa de Servicios públicos mixta (Art. 14 - 14.6 Ley 142 de 1994) que se rige por las normas del derecho privado y que no fue incluida por la Ley 489 de 1998 a la rama ejecutiva del poder público.

LA FUNDACIÓN EMTEL.

Por medio del Acta 001 de 11 de junio de 2001 (Fl. 69 y ss), se constituye la FUNDACIÓN EMTEL, integrada por las personas: EMTEL S.A. E.S.P., quien actúa por medio de su Representante Legal JOSE MANUEL CAMPO LOPEZ, el ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P., representada por el señor FEDERICO CARLOS LEHMANN, MUNICIPIO DE POPAYÁN, representado por el señor Alcalde DIEGO FERNANDO LUQUE BASTIDAS. El patrimonio "está constituido por los aportes en dinero y en especie de uno varios (sic) de los fundadores. El valor aportado por EMTEL SA. E.S.P., que asciende a la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$200.000.000.000) que será entregado a la Fundación

21

790

por la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán S.A. E.S.P. a la fecha de constitución de la Fundación

El Certificado de Existencia y Representación Legal de la FUNDACIÓN EMTEL, certifica que la Fundación EMTEL, "EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL PODRA REALIZAR LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: 1- DE MANERA GENERAL, EJECUTAR TODO ACTO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN PROPICIANDO PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN DESARROLLO Y BIENESTAR SOCIAL ... 2- DE MANERA ESPECIFICA: A- EJECUTAR Y GESTINAR PROYECTOS QUE BENEFICIEN Y/O APOYEN EDUCACIÓN, SALUD, RECREACIÓN, DEPORTE, CULTURA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, DESARROLLO INTEGRAL ETC. CUYO FIN SEA EL MEJOR ESTAR DE LOS HABITANTES DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN... C-PRESTAR EL SERVICIO DE TELEVISIÓN LOCAL, CON ENFASIS EN UNA PROGRAMACIÓN DE CONTENIDO SOCIAL ..." (FI. 52)

Doctrinariamente, se ha definido que la FUNDACIÓN, es una persona jurídica caracterizada por la asignación de un patrimonio al cumplimiento de fines de interés general, constituida mediante negocio jurídico, que reclama una aportación patrimonial y unos fines, como presupuestos de la esencia de la misma Fundación. Las Fundaciones existen independientemente de las personas físicas que las crean y los beneficios que produzcan no se reparten entre sus creadores.

De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal de EMTEL S.A. E.S.P., esta empresa se encuentra facultada para hacer aportes, donaciones y/o contribuciones en especie o en dinero a asociaciones, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro (FI. 56 vuelta).

EMTEL S.A. E.S.P. como persona jurídica, crea junto con el Municipio de Popayán y el Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P., la FUNDACIÓN EMTEL, en este sentido, entiende la Sala que las llamadas "donaciones" no son otra cosa que aportes que EMTEL hace a la Fundación de la que participa y que constituyen el patrimonio de ésta, que por su naturaleza se destina a un fin de interés social.

A la anterior conclusión se llega si se parte de la naturaleza de la Fundación EMTEL, en la que los aportes patrimoniales de los fundadores constituyen elemento esencial de esta figura jurídica, presupuesto sin el cual, no existiría y menos podría cumplir con su objeto social, tanto es así, que el art. 652 del C. C., señala como causal de extinción de la fundación, la destrucción de los bienes destinados a su manutención.

El Municipio de Popayán, realiza también su propio aporte, y mediante Escritura Pública N° 2.810 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán (FI. 176), entrega en comodato o préstamo de uso a la FUNDACIÓN EMTEL, el bien inmueble ubicado en la calle 5 entre carreras 23 y 24 de Popayán.

Por lo tanto, las llamadas donaciones no son otra cosa que aportes que EMTEL S.A. E.S.P. realiza a la Fundación de la que hace parte, por lo que no se configura transgresión alguna a la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, ni tampoco violación al derecho de la MORALIDAD ADMINISTRATIVA. El H. Consejo de Estado establece que la violación a este derecho implica la vulneración de otros preceptos constitucionales o legales, situación que como se explica no se configura en el presente caso. No se puede asegurar que los funcionarios de las entidades demandadas, en la constitución de la Fundación y en la entrega de los aportes, hayan actuado de mala fe, en beneficio personal o a favor de terceros, más si se tiene en cuenta que el objeto que se persigue es de utilidad y bienestar social.

29/10

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo sección cuarta, Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA, en providencia de 9 de febrero de 2001 Radicación número: AP-054 Actor: OLGA VIRGINIA YEPES FONSECA, dice lo siguiente:

"Ahora bien, la moralidad administrativa como derecho colectivo no se encuentra definida en la Ley 472 de 1998, dado que al desarrollar las acciones populares y de grupo, sencillamente se limita a reconocer su carácter de derecho colectivo (artículo 4). Sin embargo, y consciente de que en muchas oportunidades las definiciones no son siempre deseables porque con las palabras se imponen limitaciones artificiales a la realidad, la Sala, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social.

Es de anotar que a diferencia de lo que puede suceder con la moral en general, en el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos. Así mismo, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 reconoce como acto de inmoralidad administrativa, por ejemplo, los sobrecostos en la contratación.

Lo anterior facilita evidentemente la labor de determinar si cierta conducta dentro de la Administración es o no inmoral y obedece al interés supremo que envuelve el ejercicio de la función pública en cualquier orden: el interés general, pues la actividad del Estado debe ser transparente dado que los asociados han depositado en este ente, en todos sus órdenes, la confianza de que a través suyo pueden y deben desarrollarse en toda su dimensión personal, familiar, social y colectiva.

Esa transparencia implica, entre otros aspectos, el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos, y si todos somos los beneficiarios y por qué no, si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95 ib), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la debida transparencia en su manejo, puesto que es elemental que repugne a los asociados no sólo que se haya defraudado su confianza, sino que se hayan malversado sus fondos, porque suyos y para su beneficio son."

Lo que sí le corresponde a la fundación EMTEL, en razón de que sus aportes son de carácter público (porque mas del 99 % del capital de EMTEL, S.A. E.S.P.S y el bien inmueble que le fue entregado en comodato, son del municipio de Popayán), deben necesariamente someterse al control público, máxime cuando se trate de contratación por cuanto la Ley 80 de 1.993, en su artículo 2º, dispone que para efectos de esa ley se denominan Entidades estatales las personas jurídicas que tengan participación estatal superior al 50%, cualquiera sea la denominación que ellas adopten.

El artículo citado dice: "... Para los solos efectos de esta ley:

1º. Se denominan entidades estatales:

295

100427

27

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. ..." (Subrayado fuera de texto)

b)

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. DECISIÓN

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, impartiendo justicia en nombre de la República de Colombia y por ministerio de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de los actores JOSUÉ NARVÁEZ DIAZ, JANIO EDUARDO NARVÁEZ OVIEDO, CHRISTIAN JOSUÉ NARVÁEZ OVIEDO, por las razones expuestas.

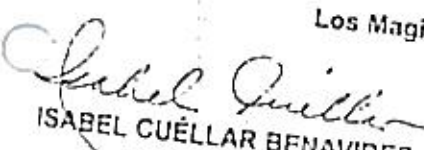
SEGUNDO: No se condena en costas por no haberse causado.

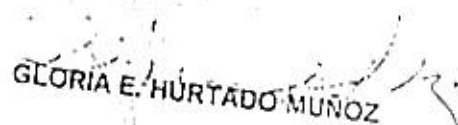
TERCERO. Remítase copia de la presente providencia al DEFENSOR DEL PUEBLO, para los fines legales.

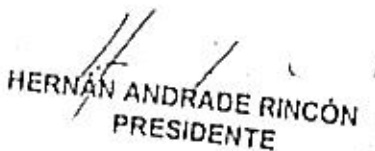
Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala tal como consta en el acta No. de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, CANCELESE SU RADICACIÓN Y ARCHIVASE SI NO FUERE APELADA.

Los Magistrados,


ISABEL CUÉLLAR BENAVIDES


GLORIA E. HURTADO MUÑOZ


HERNÁN ANDRADE RINCÓN
PRESIDENTE

