



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Al contestar cite N.U.R.: 110.00-3-19288, 25/02/2004 02:11 PM

Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA

I-17166 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 1, Anexos: LO ENUNCIADO

Origen: 210 AUDITORIA DELEGADA. PARA LA VIGILANCIA DE LA GESTION FISCAL

Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Copia A: NO

CJ 110-024-2004

**MEMORANDO INTERNO**

210-AD

**PARA :** Dra. AMPARO QUINTERO ARTURO  
Directora Oficina Jurídica

**DE :** MARTHA SÁNCHEZ RÍOS  
Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

**ASUNTO :** Su Memorando N.U.R. 100.00-3-19288 del 23/02/04 y  
Solicitud Concepto Jurídico

**FECHA :** 25 de Febrero del 2004

*Handwritten signature and date:*  
Amparo  
Feb. 25/04

Apreciada doctora Amparo :

En atención a su amable Memorando de la referencia, muy comedidamente me permito sugerir que el tema de las donaciones y aportes que se efectúen con cargo a dineros públicos, en parte o en su totalidad, por entidades o empresas regidas bien por el derecho público o por el derecho privado, sea analizado de manera general a la luz de la Constitución Política, de sus desarrollos legales, de la Jurisprudencia y Doctrina sobre el tema, con el objeto de que se emita el correspondiente concepto jurídico que pueda ser circularizado a nivel de nuestras Gerencias Seccionales y demás áreas internas.

Para el estudio específico de casos particulares, como el de Empresas Públicas de Medellín, y la donación efectuada a la Fundación EPM, estaremos pendientes de los resultados de la Auditoría Especial que practicará la Gerencia Seccional I a la Contraloría de Medellín, en la que revisará y evaluará lo actuado por dicho organismo de control en ésta y otras denuncias enviadas por el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción.

De otra parte, muy comedidamente le solicito su valioso apoyo para determinar el envío o no al Consejo de Estado de lo actuado hasta la fecha por la Contraloría Municipal de Popayán y por nuestra Gerencia Seccional III, que hace referencia a la Acción Popular instaurada ante dicha Corporación, con ocasión de la donación efectuada por la Sociedad EMTEL S.A., E.S.P., a la

Fundación EMTEL, y sobre la cual, como se recordará el Consejo de Estado solicitó la supervisión de la AGR.

Pese a que el Contralor solicita plazo para concluir la auditoría dada la complejidad de la misma, considero que podríamos avanzar enviando lo actuado hasta el momento. Para el efecto me permito hacerle llegar los informes y documentación anexa, incluido un CD, enviados tanto por el Contralor Municipal de Popayán, como por la Gerencia Seccional III, la cual le ruego, una vez se determine el paso a seguir, nos sea devuelta. De igual manera adjunto la comunicación y auto del Consejo de Estado, junto con los oficios anteriores del Contralor y la respuesta de la Sra. Auditora General.

Agradezco su gentil y oportuna atención.

Cordial saludo,



**MARTHA SÁNCHEZ RÍOS**  
Auditora Delegada para la Vigilancia de la gestión Fiscal

Anexo: lo anunciado



Al contestar cite N.U.R: 110.00-3-19288, 03/18/2004 02:43 PM  
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA  
I-17568 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 1, Anexos: NO  
Origen: 110 OFICINA JURIDICA  
Destino: 210 AUDITORIA DELEGADA, PARA LA VIGILANCIA DE LA  
GESTION FISCAL; 100 AUDITOR GENERAL  
Copia A: 110 OFICINA JURIDICA

*Clara López Obregón* 110.024.700

**MEMORANDO INTERNO**

Bogotá, D.C., 16 de marzo de 2004

OJ110

**PARA:** **Dra. Clara López Obregón**  
AUDITORA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
**DE:** **Amparo Quintero Arturo**  
DIRECTORA DE LA OFICINA JURÍDICA

**REFERENCIA:** **NUR 110.00-3-19288/435/03**

Apreciada doctora Clara:

Con ocasión de las inquietudes surgidas por la entrega de recursos de empresas prestadoras de servicios públicos a fundaciones sin ánimo de lucro, esta oficina después de analizar el tema a la luz de la normatividad vigente, fija su posición de acuerdo con las consideraciones expuestas en el documento anexo.

Además, y por tratar un tema relacionado remito copia del fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Cordialmente,

**AMPARO QUINTERO ARTURO**

**Anexos: Lo enunciado en 18 folios**

*Clara López Obregón*  
16/03/04



4

**MEMORANDO INTERNO**

Bogotá, D.C., 12 de marzo de 2004

OJ110

**PARA:** Dra. Martha Sánchez Ríos  
AUDITORA DELEGADA

**DE:** Amparo Quintero Arturo  
DIRECTORA DE LA OFICINA JURÍDICA

**REFERENCIA:** NUR 110.00-3-19288/435/03

Apreciada doctora Martha:

Efectuado un análisis del tema relacionado con la entrega de recursos de empresas prestadoras de servicios públicos a fundaciones sin ánimo de lucro, esta oficina considera pertinente efectuar las siguientes consideraciones previas.

**1.- REGIMEN JURIDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS**

**1.1. Marco Normativo**

La Constitución Política en su artículo 365 indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que su régimen jurídico será el señalado por la Ley.

En desarrollo de esta normativa constitucional, la Ley 142 de 1993 estableció dicho régimen y en lo pertinente dispuso:

**Artículo 14.** *Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

(...)

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

14.6. *Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas 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.*

**Artículo 17. Naturaleza.** *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.*

**Artículo 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos.** *Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

19.1. *El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."*

19.2. *La duración podrá ser indefinida.*

19.3. *Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.*

19.4. *Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.*

19.5. *Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.*

19.6. Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.

19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

19.9. En las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.

19.10. La emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.

19.11. Las actas de las asambleas deberán conservarse; y se deberá enviar copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Superintendencia tendrá en relación con los balances y el estado de pérdidas y ganancias las facultades de que trata el artículo 448. del Código de Comercio. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga

la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.

19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.

19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.

19.14. **Inexequible: C-242-97**

19.15. **En lo demás, las empresas de servicios públicos se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.**

19.16. La composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.

19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se registrarán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.

**Artículo 27.** Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades

descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

(...)

27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Controlaría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.

(...)

27.7. Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado.

**Artículo 32.** 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 todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

Como se observa, las empresas de servicios públicos -ESP- son sociedades por acciones y se rigen por las normas de derecho privado, salvo lo regulado en la Ley 142 de 1993.

Es notorio que dicha ley no regula la participación de las ESP en otras sociedades, luego, en este aspecto se aplican las normas de derecho privado según las cuales, las personas jurídicas se constituyen con un número plural de personas naturales o de sociedades o de unas y otras. Así las cosas, las empresas de servicios públicos podrán formar parte de otras sociedades y hacer a ellas los aportes correspondientes.

Es de resaltar que, cuando las ESP son oficiales o mixtas, la entidad estatal que forme parte de ella tendrá, respecto de la empresa, los mismos derechos inherentes los socios particulares, como lo indica el citado artículo 32.

En cuanto a las donaciones, la Ley 142 no contiene ninguna regulación especial, luego, razón por la cual, también en este aspecto, las ESP deben regirse por las normas vigentes para las sociedades por acciones, las cuales pueden efectuar transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que se asimile a éste, a favor de personas naturales o jurídicas, como se deduce del contenido del artículo 446 del C.Co. el cual dispone:

**Art. 446.-** *La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos:*

(...)

*c) Las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas;*

(...)

*f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras;*

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuando conceptuó:

*"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 derecho privado,*

y específicamente el previsto en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. La aplicación de las normas 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."<sup>1</sup>

## 1.2 Control fiscal de las empresas de servicios públicos.

La ley de servicios públicos respecto del control fiscal de las ESP, además de lo dispuesto en el artículo 27, numeral 27.4, citado *supra*, solamente contemplaba en su artículo 50, lo siguiente:

*Control Fiscal. La vigilancia de la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos, cuando se haga por parte de empresas contratadas para el efecto, incluye el ejercicio de un control financiero de gestión, de legalidad y de resultados.*

Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, así:

**Artículo 5o.** *Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:*

*"Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta del Servicio Civil, Concepto de 5 de agosto de 1999, Radicación 1.192, MP Luis Camilo Osorio Isaza.

*disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.*

*Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control".*

Estudiada la constitucionalidad de este artículo, mediante sentencias C-1191 de 2000 y C-290 de 2002, la Corte Constitucional declaró inexecutable los apartes sombreados en la transcripción anterior. En consecuencia, la norma en la actualidad es del siguiente tenor:

**Artículo 50.** *Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:*

*"Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado.*

*Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios.*  
(Se subraya).

Armonizando lo hasta aquí considerado, se tiene que las empresas de servicios públicos con participación de capital estatal, pueden invertir en otras sociedades y pueden efectuar donaciones a personas naturales o jurídicas y el control fiscal que sobre esta gestión realicen las contralorías se efectuará en los términos de la norma citada en precedencia, por tratarse de una disposición de carácter especial, que prevalece sobre las de carácter general que gobiernan el control fiscal.

En este mismo sentido se pronunció el H. Consejo de Estado al explicar:

*"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 párrafo del art. 2º).<sup>2</sup>*

*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*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, CP Javier Henao Hadrón, Radicación 1171, 28 de enero de 1999.

*que aquél, convertido en acciones, produzca los objetivos buscados con la inversión"*

## **2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

El artículo 355 de la C.Pol., es claro con respecto a sus destinatarios, cuando expresa:

*"Ninguna de las ramas o órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El gobierno nacional reglamentará la materia."*

Así las cosas, si la prohibición para efectuar donaciones está prevista para las ramas y órganos del poder público. Entonces, para establecer si a las ESP les aplica lo dispuesto en el principio constitucional mencionado, debe analizarse si éstas forman parte de alguna rama u órgano estatal.

Veamos; no cabe duda de que esta clase de empresas no pertenece a la rama legislativa ni a la judicial; tampoco a los órganos de control ni a la organización electoral. La inquietud surgiría frente a la rama ejecutiva. Sin embargo, la Ley 489 de 1998 la despeja cuando en su artículo 38, de manera taxativa, define quienes la integran, al señalar:

**Art. 38.** *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

1. (...)

2. *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 sociales 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;*
- 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.” (Se resalta).*

Como se puede observar, la ley puntualiza que las ESP oficiales (aquellas cuyo 100% de capital está conformado por aportes la Nación, las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas) integran la rama ejecutiva. Lo que nos permite concluir que el artículo 355 de la C.Pol. es aplicable solamente a esta clase de ESP.

Finalmente, y por tratar un tema relacionado con el que motivó la consulta, remito copia del fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del C.C.A.

Cordialmente,

**AMPARO QUINTERO ARTURO**

**Anexos: Lo enunciado en 8 folios**

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, diecinueve de septiembre de dos mil dos

Magistrada Ponente: ISABEL CUÉLLAR BENAVIDES

201  
15  


Expediente: 200264700  
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 EMTEL S.A. E.S.P. y LA FUNDACIÓN EMTEL, con las siguientes pretensiones:

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

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

3. Tomar las medidas cautelares pertinentes a fin de evitar que la Fundación EMTEL 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 EMTEL, 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 de Popayán EMTEL, 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 EMTEL para aprobar y ordenar los aportes que corresponderían a las acciones de propiedad del Municipio en la Empresa EMTEL 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 coadministrarán 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 Edilicia, 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

derecho colectivo de la MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Aportaron como pruebas:

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

285 17

el Municipio de Popayán representado por el señor ALCALDE MUNICIPAL, ha  
actuado 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 aporta 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  
ALBÁN, 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 64.36% 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

237 18

Consideran que las anteriores apreciaciones de las demandadas, son completamente erradas, porque así se trata 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.  
(FI.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

moralidad administrativa, previo el análisis de los siguientes puntos:

237

19

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTTEL 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 EMTTEL, 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 EMTTEL, 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 EMTTEL; 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 EMTTEL S.A. E.S.P., en desarrollo del mismo puede "... 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 EMTTEL 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.

291  
(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).

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 sus 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

290  
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 CIENTIFICA, 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 ..." (Fl. 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 ( Fl. 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 (Fl. 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.

- 295
- 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, impariendo 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.

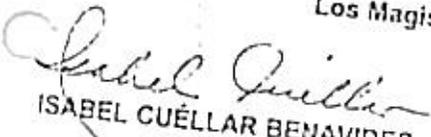
SEGUNDO: No se condena en costas por no haberse causado.

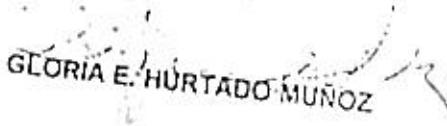
TERCERO. Remítase copia de la presente providencia al DEFENSOR DEL PUEBLO para los fines legales.

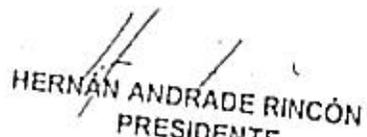
Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala tal como consta en el acta No. de la fecha.

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