



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Ref: Expediente
73001233100020070063901
AUTORIDADES MUNICIPALES
Actor: Gabriel Darío Londoño Bolívar

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Melgar Cundinamarca contra la sentencia de Julio 24 de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual declaró la nulidad del Acuerdo 021 de septiembre 3 de 2002 *“Por medio del cual se dan autorizaciones al Gerente de la Empresa para participar en la conformación de una nueva sociedad para la prestación de los servicios públicos”*, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Melgar E.S.P. “EMPUMELGAR E.S.P.”.

I.

LA DEMANDA



El actor, quien actúa directamente, interpuso acción de simple nulidad tipificada en el artículo 84 CCA, con el fin de que se declaren las siguientes:

1.1. Pretensiones:

- la nulidad del Acuerdo 021 de septiembre 3 de 2002 *“Por medio del cual se dan autorizaciones al Gerente de la Empresa para participar en la conformación de una nueva sociedad para la prestación de los servicios públicos”*, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Melgar E.S.P. “EMPUMELGAR E.S.P.”.

1.2. Hechos.

Afirma el demandante que mediante Acuerdo N° 017 de Junio 3 de 1996 el Concejo Municipal de Melgar, autorizó al Alcalde para crear la empresa de servicios públicos domiciliarios de Melgar, como una empresa industrial y comercial del orden municipal en desarrollo de la Ley 142 de 1994, siendo creada mediante Decreto N° 180 de Julio 10 de 1996 la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios “EMPUMELGAR E.S.P.” y que en el artículo 6° **ídem** el Municipio traspasó a la empresa recién creada, distintos bienes como la planta de tratamiento, la bocatoma, los sistemas de captación, maquinaria, equipos de oficina y mantenimiento, las redes de conducción y



distribución de acueducto y alcantarillado, entre otros. Destaca que cualquier disposición que se haga respecto de estos bienes, resulta ilegal al estar por fuera de la atribución conferida por el Concejo Municipal.

Aduce que mediante Decreto N° 194 de Julio 15 de 1996, el Alcalde de Melgar expidió el Estatuto Básico de la empresa “EMPUMELGAR E.S.P.”, que por Acuerdo N° 014 de Mayo 20 de 1998 el Concejo de Melgar autorizó al Alcalde para traspasar los bienes muebles e inmuebles a la empresa industrial y comercial municipal y para realizar reformas estatutarias, entre ellas la de ser parte de otras empresas pero no la de conformar nuevas empresas, facultad que tenía un término limitado de 6 meses a partir de la publicación del Acuerdo 014.

Menciona que mediante Acuerdo N° 028 de diciembre 6 de 2000, el Concejo de Melgar autorizó por el término de 30 días, al Alcalde Municipal para modificar el estatuto básico de EMPUMELGAR E.S.P. Mediante Decreto 004 de enero 5 de 2001, el Alcalde de Melgar modificó el estatuto básico de la empresa contenido en el Decreto N° 194 de 1996, con fundamento en las facultades otorgadas en el Acuerdo 028.

Anota el actor que mediante Acta N° 12 de agosto 30 de 2002, a la Junta Directiva de la empresa EMPUMELGAR E.S.P., le fue presentado un informe financiero elaborado por funcionarios de la misma, en el que presentaban las dificultades económicas y financieras de la empresa tanto que se estaba



frente a la imposibilidad de prestar los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en forma continua, con buena calidad y cobertura.

En la parte considerativa del Acuerdo N° 021 de 2002 objeto de demanda, se exponen las gestiones adelantadas ante el Ministerio de Desarrollo para obtener el concepto del procedimiento a seguir para conformar una sociedad o alianza estratégica que permitiera sortear la difícil situación financiera de la empresa. Igualmente según la Auditoría Externa efectuada a la empresa, se dice que “las fallas y deficiencias de EMPUMELGAR son superables con la participación en una nueva sociedad” que le permitiera obtener mayores recursos para inversión y evitar el colapso de la empresa.

El actor manifiesta que de acuerdo con las consideraciones anteriores, en el Acuerdo 021 objeto de demanda, la Junta Directiva de la Empresa le otorgó al Gerente de la misma, la facultad de adelantar las acciones, actividades y trámites requeridos para la conformación de una nueva sociedad, por lo que compareció ante la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, para celebrar la constitución de la nueva empresa mediante Escritura Pública N° 9156 de Septiembre 6 de 2002, como una sociedad comercial en comandita por acciones, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios y que esta nueva sociedad, tiene la razón social de “Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P.”

1.3. Normas violadas y concepto de la violación



El demandante considera que las normas que resultan vulneradas por el Acuerdo 021 de septiembre 3 de 2002 son: los artículos 29, 313 numeral 6º y 365 de la Constitución Política; 5º, 6º, 14, 17, 18 y 32 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 84 CCA por falsa motivación del acto demandado.

Respecto del concepto de violación lo hace consistir el actor en el hecho de que a su juicio, la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P. se apropió de una facultad que no tiene y que se la entregó a la Gerencia de la empresa, como lo es la de crear empresas y constituir sociedades, desconociendo que corresponde a los concejos municipales la creación de establecimientos públicos, empresas industriales y empresas de economía mixta, resultando así vulnerado el principio de legalidad.

Lo anterior, teniendo de presente el contenido del artículo 2º literal b) del Acuerdo 021 de 2002, según el cual el objeto de la nueva sociedad creada, es la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. A juicio del demandante, esta disposición viola el debido proceso y la presunción de legalidad de los actos administrativos, por cuanto sin facultad expresa del Concejo Municipal de Melgar, la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P., no podía tomar la decisión de constituir una nueva sociedad.

Así mismo sostiene que la fundamentación que tuvo en cuenta la Junta Directiva es falsa, pues resulta inexplicable cómo una empresa como



EMPUMELGAR E.S.P., que necesitaba de una fuerte inyección de capital, se conforme con unos aportes de apenas tres millones de pesos, por lo que el acto puede adolecer de falsa motivación, tal y como se desprende del análisis financiero a que se hace alusión en la parte motiva del Acuerdo y, de la conformación escrituraria en donde se dejó expresamente señalado el capital invertido por los accionistas.

Aduce el demandante que no se puede confundir la diferencia que existe entre el régimen jurídico al cual deba someterse una empresa y otra bien distinta el acto de creación. Destaca que el artículo 44 del Decreto 194 de Julio 15 de 1996, que contiene el Estatuto Básico de la Empresa de Servicios Públicos EMPUMELGAR E.S.P., señala que las facultades conferidas a la Gerencia de la empresa para celebrar contratos, por manera alguna la habilitan para conformar nuevas sociedades. Incluso dice que el artículo 7° **ídem** ordena el sometimiento a las normas del Estatuto y a los acuerdos que sobre la materia expida el Concejo Municipal, por lo que no tiene facultad para desarrollar ninguna actividad distinta a las propias de una empresa industrial y comercial y no de otra naturaleza.

En cuanto a la violación del artículo 365 de la Constitución Política, considera el actor que se presenta porque mal puede cumplirse el cometido relativo a que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es cometido de los municipios asegurar su prestación eficiente, al constituirse una sociedad cuyo capital social es de apenas tres millones de



pesos (\$3.000.000,00), suma que considera irrisoria frente a la magnitud de la prestación de servicios públicos domiciliarios, por lo que no estaba en capacidad financiera para la prestación de estos servicios.

Respecto de la violación de los artículos 5° y 6° de la Ley 142 de 1994, normas que establecen que los municipios tienen a su cargo la prestación de los servicios públicos, afirma el actor que a la entrada en vigencia de esta legislación el Municipio de Melgar se encontraba prestando directamente el servicio de acueducto, alcantarillado y aseo. Dijo que EMPUMELGAR E.S.P, tenía la obligación de modernizarse a la luz del artículo 182 **idem** en concordancia con el 6° de la Ley 286 de 1996, por lo que bien podía: i) constituir una empresa industrial y comercial del Estado, ii) continuar con la prestación de los servicios públicos.

En el caso en estudio dice el demandante que el municipio no recurrió al procedimiento de la invitación pública para constituir la empresa de servicios públicos, sino que estimó sin contar con un estudio previo, que gozaba de las características técnicas y económicas para seguir con la prestación de los servicios a cargo del Municipio, por conducto de la empresa EMPUMELGAR E.S.P.

Respecto de la violación del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, según el cual las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones pero pueden optar por la forma de empresa industrial y comercial del Estado, se



evidencia según el actor, porque la Junta directiva de EMPUMELGAR E.S.P. no estaba facultada para cambiar la naturaleza de la empresa acordada por el Concejo y conformar una sociedad en comandita por acciones. Lo que sí podía hacer era formar parte de otras empresas prestadoras de servicios públicos, sometida a la Ley 142 de 1994, pero no crear una nueva sociedad

A su turno la transgresión del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, disposición que permite que las empresas de servicios públicos puedan participar como socias en otras empresas del mismo sector, se presenta porque la Junta de EMPUMELGAR E.S.P. autorizó al Gerente para conformar una nueva empresa con participación de EMPUMELGAR y no para entregar la prestación de los servicios públicos que tenía a cargo, por cuanto carecía de las facultades del Concejo Municipal para hacerlo. En suma, la facultad no era para crear empresas comanditarias sino para invertir en empresas de servicios públicos ya constituidas.

Por su parte, argumentó que la violación del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, consistió en que el Acuerdo confundió que una situación es el régimen de derecho privado prevalente para la ejecución de los actos propios de EMPUMELGAR E.S.P. creada por el Concejo Municipal y, otra muy distinta, es que la Junta se abroge la facultad propia del Concejo de crear establecimientos públicos, constituir sociedades de economía mixta o sociedades comanditarias por acciones.



Finalmente respecto de la causal de falsa motivación en que incurrió el Acuerdo demandado, se evidencia según el actor, porque el acto se refiere a la creación de una empresa sin tener la facultad para hacerlo, pues a la Junta de EMPUMELGAR no le había dado el Concejo Municipal de Melgar la autorización para crear una nueva empresa . Además porque le resulta muy curioso y le llama la atención que en tres días apenas, se conformara la nueva empresa Hydros Melgar S. en C .A. E.S.P., lo cual denota que estaban bien adelantadas las gestiones para constituir la tanto que no fue necesario hablar de ello en la Junta, lo que indica que lo que iba a ocurrir ya se sabía de ante mano.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. POR PARTE DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE MELGAR EMPUMELGAR E.S.P.

Por conducto de apoderado judicial, la empresa de servicios públicos domiciliarios de Melgar EMPUMELGAR E.S.P. presentó memorial en el que se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho¹.

Consideró que el demandante no expresó en forma clara el concepto de violación de las normas que estimaba vulneradas, por cuanto no indicó en

¹ Obra a folios 201 al 204 del cuaderno principal



qué consistió la supuesta transgresión de los artículos 29, 313 y 365 de la Constitución Política por parte del Acuerdo 021 del 3 de septiembre de 2002, al no explicar las razones de la supuesta inconstitucionalidad en que incurre el acto demandado.

De otra parte afirmó el apoderado de EMPUMELGAR E.S.P., que la Ley 489 de 1998 estableció de manera general las funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, legislación que determina en forma categórica que la facultad otorgada al Gerente de la empresa mediante el acto demandado, se encuentra ajustada a sus atribuciones y competencias, por cuanto no le corresponden al Concejo Municipal, como erradamente lo considera el actor.

Sostuvo que no se evidencia tampoco la violación de los artículos 5°, 6°, 14, 17 y 18 de la Ley 142 de 1994, pues el actor se limitó a mencionar que esta vulneración se presentaba porque la Junta no estaba facultada para cambiar la naturaleza jurídica de la empresa que había sido acordada por el concejo municipal y conformar una sociedad en comandita por acciones; sin tener en cuenta el actor que lo que efectivamente ocurrió fue la constitución de una nueva empresa en comandita por acciones, de la que entró a formar parte como socia comanditaria con la mayoría de sus acciones, la empresa de servicios públicos domiciliarios de Melgar EMPUMELGAR E.S.P. que efectivamente fue creada por el Concejo Municipal, como lo ha indicado el



demandante, sin que se hubiera presentado algún cambio en la naturaleza de EMPUMELGAR E.S.P.

Por último discrepó respecto del cargo relativo a la falsa motivación del acto demandado, al afirmar que este Acuerdo fue expedido en debida forma por la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P. en ejercicio de sus funciones otorgadas por la Ley y los estatutos de la empresa.

2.2. POR PARTE DEL MUNICIPIO DE MELGAR

A través de apoderado judicial, la entidad territorial demandada se opuso a las pretensiones de la demanda², al considerar que el acto acusado no es ilegal al haber sido proferido por quienes tenían la capacidad y competencia para ello, en ejercicio de claros mandatos legales, descartando de plano la supuesta disposición ilegal de bienes como lo afirmó el actor.

Aclaró que la autorización señalada en el artículo 3° del Acuerdo N° 014 de Mayo 20 de 1998, dada por el Concejo de Melgar al Alcalde para traspasar los bienes muebles e inmuebles a la empresa EMPUMELGAR E.S.P. y realizar reformas estatutarias, implica la posibilidad de ser socio de empresas ya constituidas o de conformar nuevas, tal y como lo autoriza también el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

² El memorial se encuentra a folios 216 al 229 del C.P.



Incluso menciona que en armonía con esta posibilidad legal, el artículo 6° del Acuerdo 014 de Mayo de 1998 al definir las funciones de la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P. dispone: *“Autorizar la participación de la empresa en otras sociedades similares...”*.

Controvierte al demandante quien afirmó que la autorización dada en el Acuerdo 014 para que EMPUMELGAR E.S.P. pudiera asociarse con otras empresas, tenía un término de seis meses, ya que este plazo se refiere es a la posibilidad que tiene el Municipio de Melgar para traspasar los bienes, autorización que es intemporal tal y como lo es el supuesto de hecho del artículo 18 de la Ley 142 de 1994. Recuerda que un Acuerdo municipal no puede modificar esta legislación.

Señaló el apoderado del Municipio demandado que los concejos municipales no tienen facultades para autorizar la creación de empresas descentralizadas indirectas o de segundo grado, como lo es la empresa Hydros Melgar S. en C.A. E.SP., por cuanto la facultad dada a los concejos en el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política se refiere es a la autorización para la creación de entidades descentralizadas de primer grado, es decir, en las que participa directamente la entidad territorial como persona jurídica, como fue el caso de la creación de EMPUMELGAR E.S.P. Apoya la anterior afirmación con fundamento en apartes del concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil M.P. César Hoyos Salazar radicado 1066 del 18 de diciembre de 1997.



Coincide con el apoderado de la empresa EMPUMELGAR E.S.P., en el sentido de que el demandante no precisó en qué consistía la violación de las disposiciones constitucionales violadas, como tampoco fundamentó las razones por las cuales consideraba vulnerados los artículos 5°, 6°, 14, 17, 18 y 32 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a la falsa motivación endilgada por el actor, considera el apoderado del municipio de Melgar que el demandante enunció algunos de los motivos que conllevaron a EMPUMELGAR E.S.P., a tomar la decisión de participar en la creación de una nueva empresa para que prestara los servicios públicos en la ciudad de Melgar, pero dice que no probó que no correspondieran a la realidad, lo cual equivale a decir que la falsa motivación aducida es infundada o sin soporte alguno.

Adujo que el actor confunde las empresas descentralizadas directas como EMPUMELGAR E.S.P., con las empresas descentralizadas indirectas como Hydro Melgar S. en C. A. E.S.P., ya que las primeras se crean con la participación directa de la respectiva entidad territorial mientras que las segundas, se crean con la participación de las primeras, por eso son de segundo grado.

Con la anterior afirmación lo que pretende el apoderado de Melgar es desvirtuar la posición del actor según la cual, el Concejo Municipal no tenía



dentro de sus funciones la de autorizar a la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P. para que a su vez esta autorizara al Gerente de la empresa, para expedir actos administrativos como el cuestionado de nulidad, mediante el cual esta empresa participara en la creación de la empresa Hydro Melgar S. en C.A. E.S.P.

En esta medida, como el Municipio de Melgar no participó y no es socio de Hydro Melgar, no se requería de la autorización del Concejo Municipal de Melgar, para constituir esta empresa como lo deprecia el demandante.

Menciona el vocero del Municipio de Melgar que Hydro Melga S. en C.A. E.S.P., es una sociedad en comandita por acciones por lo que no importa tanto su capital social como el patrimonio de los socios gestores, ya que según el artículo 323 del C.Co., estos socios responden de manera solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, incluso con su patrimonio. Destacando que uno de sus socios, inversiones Zárate Gutiérrez S.C., tenía más de treinta mil millones de patrimonio. Dice que esta situación dista de la sociedad anónima en la que cuenta sólo el capital social y el patrimonio de la empresa.

Finalmente sostuvo que el Municipio de Melgar no hizo la invitación pública de la que habla el artículo 6° de la Ley 142 de 1994 y que echó de menos el actor, ya que no estaba interesado en seguir prestando directamente los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en la ciudad.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia expedida el 24 de julio de 2009 el Tribunal Administrativo del Tolima acogió las pretensiones de la demanda, por lo que declaró la nulidad del Acuerdo N° 021 de septiembre 3 de 2002³.

Mencionó que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios son preferiblemente sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos y que en los artículos 69 y 84 de la Ley 489 de 1998, se determina la creación de las entidades descentralizadas a nivel territorial mediante ley, ordenanza y acuerdo según sean del orden nacional, departamental o municipal. A su turno el artículo 84 **idem** dispone que estas empresas están sometidas a la regulación de la Ley 142 de 1994.

Destaca que según el contenido del Acuerdo 021 de 2002, el objeto del Acuerdo es el de autorizar al gerente de EMPUMELGAR E.S.P. para participar como socio mayoritario (60%), en la creación de una nueva empresa de servicios públicos domiciliarios y modificar la estructura administrativa de la empresa.

³ La decisión judicial figura a folios 242 a 262 del Cuaderno Principal



El a quo estudió la demanda desde tres puntos de vista: el primero relativo a las funciones de la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P.; segundo referente a la autorización del Concejo Municipal y el Alcalde y el tercer aspecto fue el de la motivación o causa de la expedición del Acuerdo demandado.

En cuanto a las funciones de la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P., indicó que mediante Decreto 0180 del 10 de julio de 1996 se creó esta empresa como empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal con personería jurídica autonomía administrativa y patrimonio independiente. Así mismo dijo que en los estatutos de creación se señaló el objeto entre otros aspectos y estableció que en la Junta Directiva y en el Gerente se encontraban la dirección y administración de la empresa. Que la Junta Directiva estaría integrada por el Alcalde Municipal, el Secretario de Planeación y un representante de los vocales.

Señaló que el artículo 90 de la Ley 489 de 1998, determinó las funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, que por su parte el Decreto 004 del 5 de enero de 2001 determinó las funciones de la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P., llegando a la conclusión de que en ninguna de ellas se encuentra la de autorizar al gerente de la empresa a participar en la creación o conformación de una nueva sociedad.



Respecto del segundo tema de análisis, el relativo a si **era necesario que el Concejo Municipal de Melgar autorizara a la Junta Directiva de EMPUMELGAR E.S.P., con el fin de que ésta a su vez autorizara al Gerente de la misma a participar en la creación de una nueva sociedad,** como lo es la empresa descentralizada indirecta, señala el a quo que el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 dispone que las entidades descentralizadas indirectas, se constituirán con previa autorización de la autoridad competente, según se trate del Gobierno Nacional, del Gobernador o del Alcalde. Apoya esta afirmación con fundamento en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 22 de octubre de 2007 M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Según el Tribunal Administrativo del Tolima, en el caso en estudio sí se requería de autorización del Concejo Municipal de Melgar y del Alcalde, para crear o formar parte de una Empresa de Servicios Públicos, como la que se constituyó. De allí que, al constituirse la empresa Hydros Melgar ESP, como una entidad descentralizada indirecta, su creación debía estar autorizada por un Acuerdo expedido por el Concejo del Municipio.

Destacó que el artículo 8° del Decreto 1221 de 1986 por medio del cual se dicta el Estatuto Básico de las entidades descentralizadas departamentales, dispone expresamente que en tratándose de las entidades descentralizadas departamentales y municipales, las autorizaciones deben ser dadas previamente por las Asambleas y los Concejos.



Respecto del **tercer tema estudiado relativo a la causa o motivación que condujo a la junta directiva de EMPUMELGAR E.S.P., a tomar la decisión de otorgar la autorización al Gerente de la misma en los términos del Acuerdo demandado**, el a quo valoró el contenido del Acta N° 12 del 30 de agosto y 3 de febrero de 2002, en la que constan las reuniones de la Junta Directiva, espacio en el que se presentó el informe financiero de la empresa y se discutió el futuro de la misma.

Anotó que en esas sesiones, se autorizó a EMPUMELGAR ESP, para participar en la conformación de una nueva sociedad donde ésta participara como socia accionista mayoritaria, destacando que en estas reuniones se dijo que no se iba a liquidar EMPUMELGAR ESP, sino que pasaría a ser socia de la nueva sociedad constituida.

El Tribunal de primera instancia valoró también el Convenio N° 006 de septiembre 1 de 2004, por medio del cual se acuerda el monto de los gastos de funcionamiento de EMPUMELGAR ESP a cargo de Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., así como la escritura pública N° 12084 del 11 de septiembre de 2003, por medio de la cual se reforma la escritura de constitución de la recién sociedad.

Con fundamento en las anteriores pruebas documentales, el a quo concluyó que efectivamente la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP autorizó al



Gerente de la misma para que participara en la creación de una nueva sociedad, por lo que así fue que se expidió el Acuerdo 21 de 2002 objeto de demanda. Sin embargo advirtió que en la ejecución del mismo, se presentaron las siguientes irregularidades:

En primer lugar, que los aportes de EMPUMELGAR ESP para la constitución de Hydros Melgar ESP, ascendieron a la suma de \$3.000.00,00 la cual considera irrisoria para crear y poner en funcionamiento una entidad prestadora del servicio público de alcantarillado.

La segunda irregularidad advertida consistió en que se suprimió la totalidad de la planta de personal de EMPUMELGAR ESP, dejando apenas cuatro cargos que eran los supuestamente necesarios para evitar la liquidación de la empresa, sin explicar con qué fin.

Como tercera irregularidad, el a quo advirtió que lo que se pudo haber presentado fue la figura de una nómina paralela, consistente en el pago por parte de Hydros Megar de la nómina de los empleados de ésta y la de los empleados de EMPUMELGAR ESP, sin ninguna justificación.

De acuerdo con las anteriores conclusiones, la primera instancia resolvió declarar la nulidad del acto demandado al considerar que no se acató el ordenamiento constitucional y la Ley 489 de 1998, porque sí se requería de



la autorización del Concejo Municipal, para la constitución de una entidad descentralizada indirecta como Hydros Melgar S. en C.A. ESP.

III. EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del Municipio de Melgar presentó escrito en el que sustentó los argumentos de inconformidad frente a la decisión apelada y solicitó su revocatoria⁴.

En primer lugar solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado hasta ese momento, ya que la demanda de simple nulidad no fue notificada a la sociedad Hydros Melgar S.enC. A. E.S.P., ni a los miembros de la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP., por cuanto al haber sido quienes expidieron el Acuerdo demandado, se pueden ver afectados en investigaciones de tipo penal, disciplinario y fiscal, debido a las supuestas irregularidades que se plantearon y porque podrían según el fallo cuestionado, haber actuado contrario a derecho.

Discrepa de la sentencia apelada porque no tuvo en cuenta los argumentos de los demandados al brillar por su ausencia los comentarios frente a cada uno de ellos, incumpliendo el contenido del artículo 170 CCA según el cual la sentencia tiene que ser motivada al no referirse a los argumentos de las partes.

⁴ Visible a folios 275 a 288 del Cuaderno Principal



Es así como afirma el apelante que el Tribunal omitió tener en cuenta la existencia del Acuerdo 014 de 1998 expedido por el Concejo Municipal de Melgar, en el que se le dieron facultades a la empresa EMPUMELGAR y a la Junta Directiva, para que fuera socia de empresas ya formadas o conformara nuevas sociedades, no obstante no ser necesario este Acuerdo 014 en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

De igual manera sostuvo que el a quo no se pronunció sobre los argumentos del Municipio de Melgar en cuanto a que las autorizaciones para participar las ESP, entre estas EMPUMELGAR ESP, están dadas específicamente por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

Censuró que el fallo apelado no se pronunció frente al concepto de fecha 18 de diciembre de 1997 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil M.P. César Hoyos Salazar, en el que se dijo que para que una empresa de servicios públicos domiciliarios descentralizada pudiera hacer parte de una nueva sociedad, no se necesitaba de autorización de los concejos municipales. Este concepto considera que tiene plena aplicación al caso en estudio.

Según el apelante, el a quo ignoró completamente los argumentos expuestos en la contestación de la demanda por el Municipio de Melgar denominados “Fundamentos jurídicos de la defensa del acto acusado”, mediante los cuales



sustentó la facultad dada por la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP a su Gerente en el Acuerdo 021 de 2002, que dan cuenta de que sí tenía la competencia para conformar una nueva empresa de servicios públicos domiciliarios como lo fue Hydros Melgar S en CA ESP, empresa descentralizada indirecta o de segundo grado, por haber sido creada a partir de una empresa descentralizada directa del orden municipal como lo es EMPUMELGAR ESP.

Dice que el Tribunal no se pronunció respecto del argumento defensivo del Municipio, según el cual los concejos municipales no tienen dentro de sus facultades la de autorizar a las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas para que éstas expidan a su vez autorizaciones para participar en la creación de empresas indirectas.

A juicio del censor, la primera instancia ignoró también el argumento según el cual la condición de socio se puede adquirir, en esencia, o comprando acciones de una empresa ya creada o participando en la creación de una empresa, lo anterior por cuanto la autorización dada a las ESP en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, no está limitada a ninguna condición.

Critica las afirmaciones sentadas al final del fallo recurrido, cuando el Tribunal dijo que se presentaron *“una serie de irregularidades que pasamos a citar a continuación”*, contra argumentando que al contestar la demanda se hizo hincapié en que Hydros Melgar S en CA ESP, al ser una sociedad en



comandita por acciones, no importaba tanto su capital social como el patrimonio de los socios gestores, perdiendo peso el cargo del actor según el cual los tres millones de pesos del capital social, no eran suficientes para que la empresa Hydros se constituyera como quiera que uno de sus socios, inversiones Zárate Gutiérrez S.C., tenía más de treinta mil millones de patrimonio.

Sostiene el apelante que la demanda objeto de decisión no fue notificada a la sociedad Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P. ni a los miembros de la junta directiva de EMPUMELGAR E.S.P., conforme lo indica el artículo 83 CPC por remisión expresa el artículo 267 CCA, ya que estas personas al haber sido quienes expidieron el acto declarado nulo por el a quo, podrían verse afectadas en investigaciones de tipo penal, disciplinario y fiscal debido a las supuestas irregularidades que se plantearon. Por tanto aduce que les fue vulnerado el derecho de contradicción y, por ende, el debido proceso.

Otro aspecto desarrollado por el censor consiste en que criticó al Tribunal Administrativo del Tolima, porque no analizó que las empresas de servicios públicos domiciliarios como EMPUMELGAR E.S.P. e HYDROS MELGAR S. en C.A. E.S.P., tienen un régimen especial y que por lo tanto, sólo están sometidas a las regulaciones de la Constitución Política y de la Ley 142 de 1994. Fundamenta su posición con base en apartes de la Sentencia C-736 de 2007



Así mismos sostuvo que el a quo no reparó el contenido del artículo 186 de la Ley 142 de 1994, según el cual en caso de conflicto de esta legislación con otras leyes que regulen las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en la Ley 142 de 1994, se preferirá esta legislación. En todo caso, el apelante no fundamentó este argumento de disenso.

En el mismo sentido cuestionó que el Tribunal no se pronunció respecto de la violación del artículo 84 de la Carta Política, a la cual se refirió en la contestación de la demanda. Así mismo criticó que el a quo pasó por alto que la constitución de la empresa cuestionada, por tratarse de una que presta servicios públicos, se regía exclusivamente por los artículos 17, 18 y 32 de la Ley 142 de 1994 y que no estaba sometida a las disposiciones de la Ley 489 de 1998, que regula lo relativo a las demás entidades descentralizadas

Finalmente destaca que la constitución de la sociedad Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., por tratarse de una entidad descentralizada indirecta, sólo requería de la autorización de la Ley 142 de 1994, artículos 18 y 32, así como de la voluntad asociativa de sus creadores, por lo que solicita la revocatoria de la sentencia apelada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION



Durante esta etapa procesal no presentaron escritos contentivos de alegatos de conclusión, ninguna de las partes procesales ni el Delegado de la Procuraduría General de la Nación.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Los actos demandados.

El acto objeto de demanda, es del siguiente tenor literal:

“DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
MUNICIPIO DE MELGAR
EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE MELGAR E.S.P. –
‘EMPUMELGAR E.S.P.’.

ACUERDO NUMERO 021 DE 2002 (septiembre 03)

‘Por medio del cual se dan autorizaciones al Gerente de la Empresa para participar en la conformación de una nueva sociedad para la prestación de los servicios públicos’

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE MELGAR E.S.P. ‘EMPUMELGAR E.S.P.’

En uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en la Ley 142 de 1994 – artículos 18, 19 y 32, entre otros, y el Decreto 004 de 2001 (Estatuto Básico de la Empresa) y

CONSIDERANDO:

Que los funcionarios de la Empresa han presentado el informe financiero (Sesión de Junta Directiva del día 28 de Agosto de 2002-Acta



Nºm012) en el cual se ha plasmado una difícil situación, tanto en el campo financiero como en la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo: deduciéndose la perspectiva futura de no poder garantizarlos en forma continua, de buena calidad y con unas buenas coberturas.

Que el Ministerio de Desarrollo Económico tiene, entre otras, las funciones de orientar y apoyar a las empresas de servicios públicos y entidades territoriales en todo lo concerniente a la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. A este Ministerio están vinculadas la Superintendencia de Servicios Públicos y la CRA.

(...)

Que la Gerencia solicitó concepto a la Auditoría Externa de Gestión y Resultados sobre la legalidad de Minuta, para lo cual se manifestó en comunicación del día 27 de agosto de 2002. En el concepto correspondiente la Auditoría Externa deja a consideración los múltiples inconvenientes que presenta la administración y operación de los servicios públicos domiciliarios en Melgar y hace algunas recomendaciones a la Minuta para la nueva sociedad.

Que en concepto de que trata el literal anterior, la Auditoría Externa conceptúa lo siguiente:

‘...CONCEPTO DE LA AUDITORIA EXTERNA DE GESTION Y RESULTADOS:

En consecuencia, consideramos que cualquier acción o actividad que la administración municipal o las directivas de la Empresa emprendan y que estén encaminadas a superar estas fallas y deficiencias son determinantes para el futuro de los servicios.

La Auditoría Externa de Gestión y Resultados considera que el modelo que se propone en la minuta para la creación de una nueva sociedad, para la administración y operación de los servicios públicos domiciliarios de Melgar, se ajusta a las normas regulatorias del sector y es conveniente para los intereses, especialmente, de los usuarios de estos servicios.....’

Que la Junta Directiva (Sesión del día 03 de septiembre de 2002), analizó y aprobó la autorización para participar en la conformación de



una nueva sociedad, donde EMPUMELGAR E.S.P. participe como socio accionista mayoritario y que tenga como objeto social el de la prestación de los servicios públicos.

Que al momento de constituir una nueva empresa de servicios públicos, será ésta la encargada de operar los sistemas por lo que la planta de personal de Empumelgar ESP, deberá rebajar de manera ostensible su número de personal laboral, por lo que se debe suprimir la mayoría de los cargos existentes, a excepción de los requeridos por la ley, y algunos estrictamente necesarios para cumplir los requerimientos legales como control interno, archivo representante legal y una secretaria. Sobre este aspecto también se consultó al Ministerio de Desarrollo Económico.

Que conforme a los planteamientos consignados en el acto que origina este acuerdo, los gastos de funcionamiento de Empumelgar ESP deben minimizarse, buscando con ello la posibilidad de mayores recursos para inversión, para lo cual es posible establecer un salario razonable en virtud de la minimización de funciones del nuevo gerente o representante legal de Empumelgar ESP.

Que el artículo 11 del Decreto 004 de 2001, Estatuto Básico de Empumelgar ESP, establece como una de las funciones de la Junta Directiva, la de establecer la escala de remuneración, honorarios, primas y viáticos, entre otros, para los servidores de la empresa.

Que la documentación de correspondencia con el Ministerio de Desarrollo Económico y el informe financiero presentado por el Administrador Financiero de Empumelgar ESP, lo mismo que los informes de la Auditoría Externa de Empumelgar ESP y la crítica situación de la empresa, ad portas del colapso, son motivos para tomar esta decisión.

ACUERDA:

ARTICULO 1º.- Autorizar a la Gerencia, por el término de tres (3) meses, para adelantar todas las acciones, actividades y trámites requeridas para la conformación de una nueva sociedad, donde EMPUMELGAR E.S.P., participe como socio accionista mayoritario y



que tenga como objeto social e intención el de la prestación de los servicios públicos.

ARTICULO 2º.-La autorización otorgada en el presente Acuerdo se da de acuerdo con la minuta sometida a consideración legal y favorabilidad del Ministerio de Desarrollo Económico, el concepto de la Auditoría Externa de Gestión y Resultados y en especial, bajo las siguientes condiciones:

- a.Los recursos autorizados como aportes serán la suma de hasta UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.800.000,00).
- b.El objeto será la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo y otras actividades afines y complementarias.
- c.Su domicilio será el Municipio de Melgar, sin perjuicio de que pueda establecer agencias o filiales en otros lugares.
- d. Su tiempo de duración será de veinte (20) años.
- e.El capital público de EMPUMELGAR E.S.P. corresponderá al 60% del total del capital autorizado, el otro 40% serán aportes del capital privado.
- f. La vigilancia del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el acto de constitución serán a cargo de EMPUMELGAR E.S.P. a través del representante legal y su Junta Directiva.

ARTICULO 3º.-En desarrollo de la autorización otorgada en el presente Acuerdo el Gerente podrá:

- a.Suscribir las escrituras pertinentes
- b.Suscribir convenios con las entidades participantes en el proceso, con el objetivo de materializar el objeto social de la nueva sociedad
- c.Suscribir y pagar el capital social de la nueva sociedad
- d.Cancelar los conceptos necesarios para iniciar la operación de la nueva sociedad
- e.Cancelar tasas, impuestos y otros
- f. Comprometer vigencias futuras
- g.Realizar otras acciones necesarias para dar cumplimiento al presente Acuerdo

ARTICULO 4º.- Modificar a partir de la entrada en vigencia de la nueva sociedad, la estructura administrativa o planta de personal de EMPUMELGAR E.S.P., en el siguiente sentido, de conformidad con las



consideraciones del presente Acuerdo y de los planteamientos hechos en la sesión de la Junta Directiva y que EMPUMELGAR E.S.P. no tiene empleados de carrera administrativa (Acta N°013 de septiembre 2002);

- a. Suprimir todos los cargos, a excepción del Gerente, Jefe de Control Interno, Jefe de Presupuesto y Secretaria.
- b. El Gerente tendrá las funciones de Jefe de Control Interno Disciplinario.
- c. El salario del nuevo Gerente que se posesione en Empumelgar ESP, a partir de la entrada en vigencia de este Acuerdo, será igual al salario que le corresponda a un Secretario de Despacho de la Alcaldía de Melgar, lo mismo el régimen de sus viáticos.
- d. El Jefe de Presupuesto, además de sus funciones, desarrollará las correspondientes a Tesorero, Pagador, Almacenista y Archivo.
- e. Los aumentos de salario serán de acuerdo a las disposiciones que para el efecto decreta el gobierno central para sus empleados en general.

PARAGRAFO 1º. Esta estructura no se modificará durante la vigencia de la nueva sociedad, a menos que una Ley o disposición legal del orden nacional, así lo disponga.

PARAGRAFO 2º. El Gerente informará de la situación planteada en este Artículo, al personal afectada por esta decisión y le planteará las diferentes alternativas laborales que al respecto se pacten en la nueva sociedad.

ARTICULO 5º.- El Gerente pactará las multas o sanciones recíprocas, por el incumplimiento de las obligaciones consignadas por todas las partes, en la constitución de la nueva sociedad.

ARTICULO 6º.- Autorizar a la Gerencia para realizar los movimientos y los ajustes presupuestales requeridos en desarrollo de la autorización otorgada en el presente Acuerdo; creando de ser necesario, los rubros presupuestales que sean necesarios.

ARTICULO 7º.- El presente Acuerdo se publicará en la Gaceta Municipal con cargo al presupuesto de EMPUMELGAR E.S.P.



ARTICULO 8º.- El presente Acuerdo rige a partir de su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Melgar, a los tres (3) días del mes de Septiembre de 2002.

ORLANDO BARRIOS CRUZ
Presidente Junta Directiva
EMPUMELGAR E.S.P.
Directora Local de Salud
Alcaldía de Melgar

MARIA MIRZKANDER LA TORRE PEREZ
Miembro Junta Directiva
EMPUMELGAR E.S.P.
Secretaria de Planeación y Obras Públicas
Alcaldía de Melgar

JAIME DIAZ
Miembro Junta Directiva
EMPUMELGAR E.S.P.
Vocal de Control

MIGUEL ANGEL ÑUSTES MEJÍA
Secretario Junta Directiva
Gerente EMPUMELGAR E.S.P.”

5.2. Cuestión Procesal Previa

Este despacho profirió el 24 de junio de 2014, auto mediante el cual se ordenó poner en conocimiento de la sociedad HYDROS MELGAR S. en C.A. ESP⁵, la posible causal de nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 140

⁵ El auto figura a folios 42 y 43 del cuaderno de segunda instancia

del C.P.C.⁶, al advertir que ni el auto admisorio de la presente demanda ni el que lo adicionó, le habían sido notificados a esta sociedad en su calidad de tercero que podía tener interés en las resultas del proceso. Lo anterior por cuanto esta nulidad se considera saneada, cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente, conforme lo dispone el artículo numeral 1º del artículo 144 *ídem*⁷.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la providencia anterior, este despacho profirió auto el 4 de agosto de 2014 mediante el cual comisionó con amplias facultades al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué⁸, para lo cual se libró el Despacho Comisorio N° 92, el día 19 de agosto de 2014⁹ con los respectivos insertos.

⁶ **Artículo 140. Causales de Nulidad.** El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...).9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierte que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el efecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

PARAGRAFO.-Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.

⁷ **Artículo 144. Saneamiento de la nulidad.** La nulidad se considera saneada, en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente.

⁸ Visible a folio 45 C. 2

⁹ Obra a folios 53 y 54 del mismo paginario



Según consta en el expediente, el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué desde el mes de diciembre del año 2014, expidió sendos autos¹⁰ mediante los cuales ordenó la notificación a HYDROS MELGAR en los términos previstos en los artículos 315 y 320 del CPC, relativos a la notificación personal y notificación por aviso, para lo cual dispuso la remisión de los oficios N° 5323 del 19 de diciembre de 2014 al representante legal de HYDROS MELGAR ubicado en la calle 8 N° 19-10 piso 2°.

En vista de que no se logró el cometido anterior, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Ibagué, solicitó a esta Corporación actualización de la dirección de la empresa HYDROS MELGAR S. en C.A. ESP con el fin de poder llevar a cabo lo ordenado en el Despacho Comisorio N° 92 del 19 de agosto de 2014, para lo cual profirió el 17 de febrero de 2015 y el 3 de marzo de 2015, los oficios N° 541 y 835, dirigidos ambos al representante legal de HYDROS MELGAR ubicado en la calle 7ª N° 15-49 Barro Versalles en el Municipio de Melgar Tolima, mediante los cuales le ponía en conocimiento los autos de fecha 24 de junio de 2014 y del 4 de agosto del 2014 proferidos por este Despacho, en virtud del despacho comisorio 92.

Obra a folios 149 y 153 del cuaderno de segunda instancia, certificación de entrega 4214450 expedida por Servicios Postales Nacionales 472, en la que consta que en la dirección arriba mencionada, fue recibida los días 17 de

¹⁰ A folio 138 figura el auto del 11 de diciembre de 2014,



febrero y 6 de marzo de 2015, la documentación enviada por el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué en virtud del despacho comisorio N° 92.

Por su parte, a folio 150 del mismo cuaderno, aparece Notificación por Aviso efectuada por el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué, de fecha 3 de marzo de 2015, en la cual se notificaba al representante legal de HYDROS MELGAR S. en C.A. E.S.P., el despacho comisorio N° 92 relativo a la demanda interpuesta por Gabriel Darío Londoño Bolívar contra el municipio de Melgar y la empresa EMPUMELGAR E.S.P. para lo cual se adjuntaba copia del auto y los demás insertos, advirtiéndole que la notificación se entendería surtida al finalizar el día siguiente al de la fecha de entrega de este aviso. El día 7 de abril del presente año, se recibió el expediente para fallo.

De acuerdo con lo analizado en precedencia, se observa que el despacho judicial comisionado para llevar a efecto la notificación del presente proceso de nulidad a la empresa HYDROS MELGAR S. en C.A. E.S.P., adelantó las gestiones necesarias con el fin de llevar a cabo la notificación personal y por aviso, motivo por el que agotado infructuosamente este requisito procesal, la Sala entrará a fallar el fondo del asunto planteado en la demanda, en vista de que se está en presencia del supuesto normativo del artículo 144 numeral 1 CPC, considerándose saneada la causal de nulidad advertida, en virtud de que la interesada HYDROS MELGAR no la alegó.

5.3. Resolución del recurso de apelación.



Para poder resolver los argumentos esgrimidos en la impugnación interpuesta por el apoderado del Municipio de Melgar contra el fallo de la primera instancia, resulta necesario referirse a las consideraciones tenidas en cuenta por el Tribunal Administrativo del Tolima, al acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la nulidad del Acuerdo 021 del 3 de septiembre de 2002.

A juicio del a quo, dentro de las funciones asignadas a la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP, consignadas en el Decreto Municipal 004 del 5 de enero de 2001 por medio del cual modificó el estatuto básico de la empresa, no se encuentra la de otorgar autorización al Gerente de la empresa para adelantar todas las acciones, actividades y trámites requeridos para la conformación de una nueva sociedad encargada de la prestación de los servicios públicos en el municipio de Melgar, como lo determinó el acto acusado.

Sostuvo también que sí era necesario que el Concejo y el Alcalde del Municipio de Melgar, autorizaran a la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP en los términos del acto acusado, dada su condición de entidad descentralizada indirecta, según lo previsto en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 que dice que estas entidades, se constituirán con previa autorización del Gobierno Nacional o del Gobernador o del Alcalde, disposición que está en armonía con el artículo 8º del Decreto 1221 de 1986.



El a quo encontró acreditadas las siguientes irregularidades: i) capital irrisorio para la constitución de HYDROS MELGAR; ii) supresión de la planta de personal dejando apenas cuatro cargos, supuestamente los necesarios para evitar la liquidación de la misma y sin explicar su finalidad y, iii) presentación de la figura de nómina paralela consistente en el pago por parte de HYDROS MELGAR de la nómina de los empleados de esta empresa y la de los empleados de EMPUMELGAR ESP, sin justificación alguna.

5.3.1. En cuanto a la solicitud de nulidad de lo actuado

En el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Melgar, en primer término se solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado, por dos razones: i) por cuanto la acción interpuesta no le fue notificada a la sociedad HYDROS MELGAR S. en C.A. E.S.P. y, ii) porque tampoco le fue notificada a los miembros de la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP de aquel entonces, quienes participaron en la expedición del acto acusado, por cuanto según el fallo de la primera instancia, actuaron contrario a derecho y sin competencia, razón por la que seguramente serán objeto de investigaciones de distinta naturaleza.

La Sala se atiene a las consideraciones expuestas en el acápite 5.2. Cuestión Procesal Previa de esta providencia, por cuanto en este numeral se hizo un recuento acerca de la actuación surtida con la cual se procuró a toda



costa, lograr la notificación personal y por aviso del representante legal de la empresa HYDROS MELGAR S. en C.A. ESP, para ponerla en su conocimiento, con el fin de que se saneara la posible causal de nulidad en que se podría incurrir, dada la falta de notificación a HYDROS MELGAR del auto admisorio de la demanda.

En cuanto a la falta de notificación de la presente acción a los miembros de la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP, lo cual a juicio del apoderado del Municipio de Melgar se constituye en razón de más para declarar la nulidad de todo lo actuado, llama la atención de la Sala que sea el apoderado del Municipio de Melgar quien la solicita careciendo de legitimidad para ello.

En todo caso, es preciso advertirle al apelante, que la Sala se vale de las mismas razones esgrimidas por el despacho ponente al rechazar mediante auto del 23 de julio de 2010¹¹, la solicitud de nulidad propuesta por el señor Miguel Angel Ñustes Mejía, quien en su calidad de ex Gerente y Secretario de la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP alegó que le fue violentado su derecho de defensa y debido proceso, por cuanto no se le dio oportunidad de participar en el proceso **sub judice**.

En dicha oportunidad que ahora se reitera, se encontró probado que en el auto admisorio de la demanda de fecha 23 de noviembre de 2007¹² se ordenó notificar personalmente la presente demanda al Gerente de

¹¹ Visible a folios 14 al 18 del Cuaderno de Segunda Instancia

¹² Obra a folios 171-176 C.1.



EMPUMELGAR ESP, diligencia que se llevó a cabo según consta a folio 195 del C.1. en la que el señor Hernán Guillermo Forero Leal en su calidad de Gerente de esta empresa, se notificó el 4 de marzo de 2008, del contenido de los autos admisorio y de adición de la demanda.

Por tanto, el hecho de que el señor Miguel Angel Ñustes Mejía, ya no se encontrara desempeñando el cargo de Gerente de EMPUMELGAR ESP para la fecha en que se interpuso la presente acción la cual le fue notificada a quien ocupaba dicho cargo, no implica que la actuación judicial adelantada adolezca de nulidad, pues lo que interesa es que la empresa hubiera ejercido la legítima defensa de sus intereses como demandada, resultando indistinta la responsabilidad que le pueda asistir a quienes la gerenciaban para la fecha en que se adoptó la decisión cuestionada en el acto administrativo acusado.

Lo anterior, por cuanto bien es sabido que el control de legalidad lo que procura es verificar, que un acto administrativo se haya expedido con respeto del ordenamiento jurídico vigente para la fecha en que se produjo y, por los funcionarios que gozaban de competencia para ello, pues lo que interesa a esta jurisdicción es verificar el respeto por el principio de legalidad, que de resultar desvirtuado en dado caso, podrá ser objeto de investigación por parte de otras autoridades para verificar el comportamiento de quienes expidieron los actos cuestionados, como quiera que se trata de un asunto vedado a esta jurisdicción.



Es preciso advertir, que la demanda la interpuso el demandante contra el municipio de Melgar – Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Melgar EMPUMELGAR ESP, siendo contestada tanto por el apoderado del municipio como por el de la empresa, quedando de esta manera descartada cualquier posibilidad de falta de defensa de las demandadas.

Aunado a lo anterior, se tiene que tal y como se le afirmó el señor Ñustes Mejía en el auto que rechazó la nulidad deprecada, no obra en el expediente solicitud en la que el petitionerario hubiera requerido a la primera instancia su vinculación al proceso como parte coadyuvante o impugnadora, en los términos del artículo 146 del CCA, razón por la que no podía alegar que no se le dio oportunidad de participar en el mismo.

5.3.2. En cuanto a las razones de fondo para solicitar la revocatoria del fallo impugnado, esgrimidas por el apoderado del Municipio de Melgar

Discrepa de la sentencia apelada porque a su juicio, incumplió el contenido del artículo 170 CCA según el cual la sentencia tiene que ser motivada, por el hecho de que el fallo no se refirió a los argumentos invocados por la entidad territorial demandada en la contestación de la demanda, al oponerse a las pretensiones de la acción de simple nulidad.



En este sentido, censuró que el Tribunal omitió tener en cuenta la existencia del Acuerdo 014 de 1998 expedido por el Concejo Municipal de Melgar, que en el artículo 3º le otorgó facultades a la empresa EMPUMELGAR y a la Junta Directiva, para que fuera socia de empresas ya formadas o conformara nuevas sociedades, no obstante no ser necesario este Acuerdo 014, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

Por tanto, el punto central de la controversia tiene que ver, en los términos del demandante, con la falta de autorización del Concejo Municipal de Melgar para la creación de la empresa Hydros Melgar S. en C.A. ESP. empresa descentralizada de segundo grado, por cuanto en su criterio, la Junta Directiva de Empumelgar ESP, carecía de competencia para autorizar a su gerente para que efectuara las gestiones necesarias tendientes a que dicha empresa, se asociara o conformara una nueva sociedad para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, tal y como lo dispuso el acto acusado.

Bajo esta óptica, lo primero que llama la atención de la Sala, es que el estudio de legalidad del acto acusado debe centrarse en el contenido estricto del mismo, esto es, en analizar si la Junta Directiva de la empresa Empumelgar ESP podía autorizar a su Gerente para que esta empresa participara en la conformación de una nueva sociedad para la prestación de los servicios públicos. Por lo anterior, escapa al presente examen de

legalidad, el análisis del acto de creación de la empresa Hydros Melgar S. en C.A. ESP., ya que éste no fue objeto de demanda.

De acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, se observa que el Concejo Municipal de Melgar¹³, en ejercicio de la atribución constitucional asignada en el numeral 6º del artículo 313 de la Carta Política, mediante **Acuerdo Número 017 del 3 de junio de 1996**¹⁴, autorizó al Alcalde de dicho municipio para que implementara la Ley 142 de 1994, creando la empresa de servicios públicos domiciliarios ESP con régimen de empresa industrial y comercial del orden municipal, cometido que en efecto se llevó a cabo con la expedición del **Decreto 0180 del 10 de julio de 1996** que creó la empresa EMPUMELGAR ESP, en ejercicio de la competencia asignada en el numeral 4º del artículo 315 superior¹⁵.

El Decreto N° 0180 de Julio 10 de 1996¹⁶ *“por medio del cual se crea la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE MELGAR ESP, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, CON REGIMEN DE INDUSTRIAL Y*

¹³ **ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:** (...)6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

¹⁴ El Acuerdo 017 de 1996 figura a folios 5 y 6 del Cuaderno 1

¹⁵ **Artículo 315 Son atribuciones del Alcalde:** (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios públicos a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente, y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

¹⁶ Visible a folios 7-27 del C. 1



*COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN MUNICIPAL”, en el artículo 1º estableció que la naturaleza jurídica de la empresa EMPUMELGAR E.S.P. es la de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal. A su turno, el artículo 4º **ídem**, determina que el objeto de la empresa es: “La organización, conservación, reposición, expansión, mantenimiento, administración y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, recolección, transporte y disposición final de los desechos sólidos, barrido de calles y los demás servicios públicos que le sean confiados”.*

El legislador expidió el régimen jurídico especial previsto en la Ley 142 de julio 11 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 17 dispuso lo siguiente:

“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.

Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el **artículo 352** de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de

Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.”

De acuerdo con la norma transcrita queda claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios, son sociedades por acciones que en cualquier nivel territorial, están sometidas a lo dispuesto en el régimen especial consignado en la Ley 142 de 1994, pero que no por ello pierden su condición de ser también entidades descentralizadas, al estar ubicadas en el sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público, asunto del que se ocupará la Sala más adelante¹⁷.

El argumento central de la apelación consiste en que a juicio del apoderado del municipio de Melgar, bastaba la sola habilitación dada por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, para que la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP autorizara a su gerente para que adelantara las gestiones para que la empresa participara en la conformación de una nueva sociedad encargada

¹⁷ La Ley 489 de 1998 dispone en el **Artículo 68. 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 públicos 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.”



de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio de Melgar.

En efecto, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, dispone:

“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.” (subrayas y negritas fuera del texto)



No cabe duda que el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios para que se asocien con otras, ya sea nacionales o extranjeras para la prestación de este tipo de servicios públicos.

En el mismo sentido, en los numerales 12 y 13 del artículo 6º del Acuerdo 014 de 1998, que contiene también los Estatutos de la empresa Empumelgar, se establecen las funciones de la Junta Directiva de la empresa, entre ellas:

“ARTICULO SEXTO. Serán funciones de la Junta Directiva de ‘EMPUMELGAR’:

(...)

12. Autorizar la participación de la empresa en otras sociedades similares, conexas o complementarias con su objeto, cumpliendo las formalidades de este tipo de actos.

13. Delegar en el Gerente General el ejercicio de algunas de sus funciones”

Por tanto, lo que se observa es que mediante el Acuerdo 021 de 2002 objeto de la presente acción de nulidad, lo que la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP hizo, fue hacer uso del mandato legal consignado en el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, según el cual la empresa podía participar como socia en la conformación de una nueva empresa que tuviera como objeto social la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, motivo por el que razón le asiste al apelante al afirmar como argumento de censura, que el a quo no tuvo en cuenta en el fallo impugnado,

el contenido de esta disposición legal que tiene plena aplicación para el caso **sub lite**.

Destáquese el artículo 1º del acto acusado que dice lo siguiente: *“Autorizar a la Gerencia, por el término de tres (3) meses, para adelantar todas las acciones, actividades y trámites requeridos para la conformación de una nueva sociedad, donde EMPUMELGAR E.S.P., participe como socio accionista mayoritario y que tenga como objeto social e intención el de la prestación de los servicios públicos”*. (subrayas del Despacho)

Por otra parte, la Sala comparte el argumento de inconformidad de la apelación según el cual, el a quo omitió tener en cuenta la existencia del Acuerdo 014 de 1998¹⁸, en el que se facultó a la empresa EMPUMELGAR ESP para que se asociara con otras, a pesar de la habilitación legal dada por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

En efecto, **el Acuerdo 014 de 1998** *“Por medio del cual se capitaliza la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Melgar ESP EMPUMELGAR y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Concejo Municipal de Melgar, establece lo siguiente:

“ARTICULO TERCERO: La empresa de conformidad con las leyes que regulan su funcionamiento podrá ser parte de otras empresas o sociedades asociándose, aportando o suscribiendo acciones en sociedades que tengan por objeto la prestación de los mismos servicios

¹⁸ Obra a folios 45-48 C. Principal

o la realización de actividades conexas y complementarias. Así mismo podrá asociarse, consociarse y formar uniones temporales con otras entidades para desarrollar tales actividades. Así mismo podrá percibir, otorgar y administrar subsidios de conformidad con las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994 y sus correspondientes decretos reglamentarios y demás normas concordantes.” (subrayas del Despacho)

Efectivamente el Acuerdo 021 de 2002¹⁹, objeto de nulidad invocó en su epígrafe como uno de sus fundamentos normativos, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, que como ya se anotó en el inciso 3º, habilita a las empresas de servicios públicos, para que participen como socias en la conformación de otras empresas de servicios públicos o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio público. Así mismo como se vio, el Acuerdo 014 de 1998 expedido por el Concejo Municipal de melgar, dispuso que la Junta Directiva de Empumelgar ESP tenía entre otras facultades, la de autorizar la participación de la empresa en la conformación de similares sociedades y delegar en el Gerente de la misma, el ejercicio de algunas funciones.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, observa la Sala que no se puede confundir la autorización consignada en el acto acusado de la Junta Directiva a su Gerente, con el acto de creación de la empresa de servicios públicos domiciliarios Hydros Melgar S. en C. A. ESP, yerro en el que incurrió el demandante al esgrimir en el libelo, que para el caso de la creación de HYDROS MELGAR, la Junta directiva de EMPUMELGAR carecía de

¹⁹ Visible a folios 64-68 C.1



competencia para autorizar a su gerente en los términos en que lo hizo en el acto acusado, como quiera que debía mediar autorización del Concejo Municipal de Melgar.

Insiste la Sala, una es la autorización para que la empresa Empumelgar ESP se pudiera asociar con otras persona jurídicas para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en el municipio de Melgar y, otra muy distinta, es la del procedimiento de creación como tal de la empresa Hydros Melgar S. en C.A. ESP., asunto que escapa al presente examen de legalidad.

Dado lo anterior, considera la Sala que los argumentos esgrimidos por la primera instancia para declarar la ilegalidad del Acuerdo 21 de 2002, escapan y son ajenos al contenido del acto normativo del acto acusado, que es el asunto al que debía estar sometido el Tribunal Administrativo del Tolima al momento de efectuar el presente análisis de legalidad del acto demandado.

Erró también el fallo apelado al señalar, que en el Decreto Municipal 004 de 2001 que modificó el estatuto básico de la empresa EMPUMELGAR ESP, no se encontraba la función de que la Junta Directiva de la empresa autorizara a su gerente para adelantar las gestiones tendientes a la conformación de una nueva sociedad, como también cuando consideró que era necesario que el Concejo y el Alcalde del Municipio de Melgar y no la Junta Directiva de la empresa, autorizaran a su Gerente en los términos en que lo hizo el acto



acusado, dada su condición de entidad descentralizada indirecta, según lo previsto en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, según el cual estas entidades se constituirán con previa autorización del Gobierno Nacional o del Gobernador o del Alcalde, según el caso.

Las erradas anteriores apreciaciones obedecen, a juicio de la Sala, a que estos planteamientos resultarían válidos, si el acto demandado hubiera sido el de creación como tal de la empresa Hydros Melgar S. en C.A. ESP; pero el Acuerdo 021 de 2002 es un acto previo a su creación, pues mediante éste Empumelgar ESP al interior de la empresa lo que hizo fue permitir el adelantamiento de las gestiones necesarias, con el fin de concretar la participación de la empresa en la conformación de un nuevo ente societario, en el que sería socio mayoritario con el 60% del capital accionario.

Por tanto, no es cierta la apreciación del a quo según la cual, los estatutos de la empresa EMPUMELGAR ESP no facultaban a su Junta Directiva en los términos en que lo hizo en el acto acusado, por cuanto ya se vio que los estatutos de Empumelgar si la autorizaban, aunado al hecho de la habilitación dada por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

De otra parte, la Sala tampoco comparte la afirmación del a quo según la cual, era necesario que el Concejo y el Alcalde del Municipio de Melgar autorizaran a la Junta Directiva de EMPUMELGAR ESP en los términos en que lo hizo el acto acusado, dada su condición de entidad descentralizada



indirecta, según lo previsto en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, según el cual estas entidades se constituirán con previa autorización del Gobierno Nacional o del Gobernador o del Alcalde.

Lo anterior, por cuanto se insiste el presente debate se circunscribe a un acto previo al de la creación de la empresa Hydros Melgar como sociedad en comandita por acciones, en la que Empumelgar participò como socia mayoritaria.

El a quo, al declarar la nulidad del Acuerdo 21 de 2002, advirtió que no se acató el ordenamiento constitucional ni la Ley 489 de 1998, como quiera que sí se requería de la autorización del Concejo Municipal para la “constitución” de una entidad descentralizada indirecta como lo es Hydros Melgar S.en C.A. ESP, afirmación que se insiste resulta errónea por cuanto en el presente análisis no se cuestiona la creación de esta empresa sino la autorización dada por la Junta directiva de Empumelgar a su gerente, para que esta empresa se asociara o conformara una nueva para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, para lo cual gozaba de competencia.

La primera instancia afianzó su postura, citando apartes del concepto de fecha 22 de octubre de 2007 radicación 1.844 Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el que se dejó expuesto lo siguiente:

“Obsérvese que cuando la norma reitera la necesaria intervención del Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, en la creación de las entidades descentralizadas, no excluye a las denominadas indirectas, y no podría hacerlo porque si bien la Constitución Política no las menciona tampoco contiene elementos que fundamenten un régimen diferente o especial; por su parte, el legislador, al desarrollar los numerales 15 y 16 del artículo 189 constitucional, en la ley 489 de 1998, las ubica como parte del capítulo XIII, “entidades descentralizadas”, de manera que esta denominación configura un concepto genérico del que forman parte las descentralizadas indirectas.

Recuérdese también que la figura de las entidades descentralizadas indirectas tuvo desarrollo legal más amplio en la normatividad proveniente de la reforma administrativa de 1968, con el mismo tratamiento de autorizaciones ahora vigente²⁰, y que sustentó el concepto jurisprudencial de que esas entidades constituían una modalidad de la descentralización por servicios²¹.

Para finalizar este punto, considera la Sala importante destacar la uniformidad de la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción especial, en cuanto a la distribución de las competencias para determinar la estructura de la administración pública y su organización, expresada en la necesaria intervención del Congreso, las Asambleas y los Concejos para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas²², así como en la inconstitucionalidad de las disposiciones o expresiones que puedan interpretarse como asignación de competencias permanentes al ejecutivo para esos efectos.²³

²⁰ Cfr. Decreto ley 3130 de 1968, Art. 4º y Decreto ley 130 de 1976, especialmente.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-230-95, entre otras.

²² Entre otras, ver: Corte Constitucional, Sentencias C-671-99, C-702-99, C-953-99, C-1442-00, C-482-02, C-880-03, C-151-04, C-306-04, C-350-04, C-044-06, C-177-07 / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera: Sentencias del 16 de octubre de 1997, Rad. 3936; del 22 de noviembre del 2002, Rad. 7976; de 22 de abril del 2004, Rad. 8574; de octubre 11 del 2006, Rad. 50001-23-31-000-1998-90201-01 / Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos del 13 de septiembre de 2002, Rad. 1438; del 26 de octubre del 2000, Rad. 1291; del 15 de junio del 2006, Rad. 1746-1747; del 9 de noviembre del 2006, Rad. 1766.

²³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-357-94, C-1437-00

En cuanto a la interpretación que se le debe dar al párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, la Sala comparte el siguiente comentario esgrimido en el concepto citado:

“De los textos del párrafo del artículo 49 y del artículo 96, surge un tema común: ambos conciernen a las “entidades descentralizadas indirectas”, y para referirse a ellas usan los términos *constitución y acto constitutivo*.

Como se dijo atrás, estas entidades indirectas son una especie del género entidades descentralizadas, por ello y porque *gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente*, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la ley 489 de 1998²⁴, forman parte del sector descentralizado de la administración pública; y en el caso de las asociaciones y fundaciones de que trata el artículo 96, tienen como objeto principal “el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas”.

Como consecuencia de ser entidades descentralizadas, su constitución debe estar autorizada por la ley, la ordenanza o el acuerdo, pues la Constitución Política no las contempla como sujetos de régimen especial o diferente, y entonces el legislador no podría regularlas en contrario.

(...)

Significa entonces que, dentro del procedimiento de constitución de una entidad descentralizada indirecta, están previstas dos autorizaciones: la primera, ordenada por la Constitución, proveniente de la ley, la ordenanza o el acuerdo, por la cual se faculta a unas entidades para que constituyan otra; la segunda, ordenada por la ley, que debe proceder del gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, para que esas entidades concurren al acto de constitución de la nueva y

²⁴ Cfr. ley 489/98, art. 39, inciso tercero.

suscriban el correspondiente contrato de sociedad o de asociación. Es claro que en razón de la supremacía de la Constitución, esta segunda no puede sustituir a la primera; y que es competencia del legislador establecer los requisitos para la creación o constitución de las personas jurídicas, siempre que no se opongan a los de estirpe constitucional. A esta autorización se refiere el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998, específicamente para las entidades descentralizadas indirectas, como requisito del acto de constitución de las mismas, que a su vez debe estar precedido por la autorización conferida por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el nivel nacional o territorial de las respectivas entidades concurrentes. (subrayas fuera de texto)

Para el caso sub judice se tiene probado que la naturaleza jurídica de la empresa HYDROS MELGAR S. en C. A. ESP, según el porcentaje del capital accionario, es una empresa de servicios públicos mixta²⁵, de acuerdo con la escritura pública 9156 de 2002 que acredita a EMPUMELGAR ESP como socio accionista mayoritario con un 60% del capital de la recién creada Hydros Melgar S. en C.A. ESP.²⁶

²⁵ En virtud del artículo 14 numeral 6 de la Ley 142 de 1994 que dice: 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 Empresas 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

²⁶ La escritura pública N° 9156 de 2002 figura a folios 122-151 del Cuaderno de Primera instancia. En el capítulo II de la Escritura Pública N° 9156 del 6 de septiembre de 2002, relativo al capital social, aportes y reservas efectuados por los socios comanditarios, el artículo octavo se refiere al capital suscrito y pagado, en los siguientes términos:

“El capital suscrito y pagado en la fecha del presente instrumento comprende TRES MIL (3.000) acciones de valor nominal de MIL PESOS (\$1.000,00) moneda legal colombiana, cada una, de aquellas en que se divide el capital autorizado de la sociedad. Por consiguiente, quedan suscritas y pagadas en

Bien es sabido que este tipo de empresas, están ubicadas en la rama ejecutiva como entidades descentralizadas indirectas por servicios, dada la interpretación extensiva que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁷, se le debe dar al literal g) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que dispone:

este acto por los accionistas TRE MIL (3.000) acciones por valor de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000,00) moneda legal colombiana, de la siguiente forma:

SOCIO ACCIONES SUSCRITAS Y PAGADAS PORCENTAJE VALOR

Empresa de Servicios Públicos de Melgar	1.800	60.00%	\$1.800.000
EMPUMELGAR ESP			
HYDROS COLOMBIA S.A.	300	10.00%	\$ 300.000
GESTAGUAS S.A.	300	10.00%	\$ 300.000
FRIZO LTDA.	300	10.00%	\$ 300.000
INVERSIOES ZARATE GUTIERREZ			
& CIA S.C.S.A	60	2.00%	\$ 60.000
CONSTRUCTORA NEMESIS S.A.	240	8.00%	\$ 240.000
TOTALES	3.000	100.00%	\$3.000.000"

²⁷ Mediante Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fallo que declaró la exequibilidad del literal d) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. En este fallo se dijo: **"No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2º del artículo 38 es del siguiente tenor: (...) Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a 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", categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.** Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión *"las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios"* contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios

“Artículo 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. Del Sector Central:
 - a. La Presidencia de la República;
 - b. La Vicepresidencia de la República;
 - c. Los Consejos Superiores de la administración;
 - d. Los ministerios y departamentos administrativos;
 - e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
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.

Parágrafo 1°.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2°.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos” (subrayas fuera de texto)

públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.”



Con fundamento en las anteriores consideraciones y en la normatividad analizada, la Sala encuentra razón suficiente para mantener la presunción de legalidad del Acuerdo 021 de 2002, por cuanto la expedición de este acto, estuvo precedida de autorización legal en virtud del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 y de la autorización dada por el Concejo Municipal en el Acuerdo 014 de 1998, además de que los estatutos de la empresa EMPUMELGAR ESP, facultaron a la Junta Directiva para que a su vez ésta facultara a su Gerente para que la empresa participara en la conformación de una nueva, encargada de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, tal y como lo dispuso el acto acusado.

En vista de que las razones esgrimidas en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Melgar, son compartidas por esta Sala, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda, tal y como se dispondrá en la parte resolutive del presente fallo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :



PRIMERO.- **REVÓCASE** la sentencia del 24 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, y en su lugar, **DENIÈGANSE** las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra el Acuerdo 021 del 3 de septiembre de 2002.

SEGUNDO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARIA ELIZABETH GARCIA
GONZALEZ

ROBERTO AUGUSTO
SERRATOALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA