



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1066 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente:

Dr. César Hoyos Salazar

Rad.: Nº 1066

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Tema: Facultades del Concejo Distrital para autorizar mediante acuerdo su asociación con otras empresas públicas o privadas. Alcance jurídico de tal autorización,

[Ver art. 164, Decreto Ley 1421 de 1993, Ver el Acuerdo Distrital 11 de 1997](#)

"1. El Concejo Distrital tiene facultades para autorizar mediante Acuerdo a las Empresas de Servicios Públicos como es el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado -E.S.P.-, para asociarse con otras empresas públicas o privadas de servicios públicos-.

2. En caso de tener el Concejo Distrital facultades para autorizar mediante acuerdo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado para asociarse con otras empresas de servicios públicos, puede restringir esta autorización para asociarse sólo con entidades de naturaleza pública-.

3. Es necesario para las Empresas de Servicios Públicos del Distrito contar en la actualidad con autorización del Concejo Distrital para asociarse con el fin de constituir empresas de servicios públicos, y si por lo tanto la facultad que establece el artículo 164 del Estatuto de Bogotá es predicable como sustento del Acuerdo 11 de 1997-.

4. El Concejo Distrital tiene facultades para autorizar la creación de Empresa de Servicios Públicos con capital ciento por ciento (100%) público -

5. El inciso tercero del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 subrogó el inciso cuarto del artículo 164 del Decreto 1421 para el caso concreto de las Empresas de Servicios Públicos- ".

1. CONSIDERACIONES

1.1. El principio de la autorización legal para la constitución de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado.

De manera general, la creación o constitución de entidades descentralizadas requiere de autorización legal, conforme al principio consignado en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

Esta norma se encuentra reafirmada por el artículo 210 de la Carta, el cual dispone:

"Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes". (negritas fuera del texto original).

La ley anunciada todavía no ha sido expedida, razón por la cual el régimen general que se debe seguir en este momento, para las entidades descentralizadas por servicios es el contemplado en los Decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976, con algunas modificaciones introducidas por la Constitución como, por ejemplo, la incorporación de las empresas industriales y comerciales del Estado a la rama ejecutiva del poder público (art. 115) o por la ley, como el establecimiento de las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas (num. 14.5 y 14.6 art. 14 Ley 142/94).

A nivel regional también se mantiene este principio de la autorización normativa, cuando el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del acto legislativo No. 1 de 1996, prescribe que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de

ordenanzas, "crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta", y cuando el numeral 6 del artículo 313 de la Carta dispone que compete a los concejos "crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

Ahora bien, si las entidades descentralizadas desean constituir nuevas entidades estatales, las cuales se llaman indirectas o de segundo grado, requieren para ello de autorización legal.

En efecto, el artículo 29 del Decreto ley 1050 de 1968 preceptúa:

"De la creación de sociedades por los organismos descentralizados.- Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán constituir sociedades o compañías, entre sí o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes o autorizados por decreto del gobierno".

La expresión "o autorizados por decreto del gobierno" fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de febrero de 1983, con lo que quedó claro que solamente la ley podía conferir esta autorización.

El Decreto ley 3130 de 1968 reguló lo atinente a las entidades indirectas o de segundo grado en el artículo 4 que dispuso:

"De las entidades descentralizadas indirectas.- Las personas jurídicas en las cuales participen la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores.

Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.

Cuando la nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere del caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto número 1050 de 1968 y al presente Decreto.

Parágrafo.- Los supremos órganos directivos de las personas jurídicas existentes, que hayan resultado de las participaciones contempladas en el presente artículo, procederán a definir la naturaleza de dichas entidades y el orden al cual pertenecen, conforme al inciso 1 de la misma disposición" (negritas no son del texto original).

Sobre estas entidades indirectas, el Decreto ley 130 de 1976, relativo a las sociedades de economía mixta, dispuso en el artículo 21 lo siguiente:

"De la autorización para constituir asociaciones o sociedades.- Las entidades públicas solo podrán constituir las asociaciones o sociedades a que se refiere el presente Decreto cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas. Si se trata de entidades nacionales, la autorización la confiere en forma expresa la ley o el gobierno nacional".

Nuevamente la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la expresión "o el gobierno nacional", esta vez en sentencia del 2 de octubre de 1986.

Es oportuno señalar que de conformidad con el artículo 156 del Decreto ley 1333 de 1986, las entidades descentralizadas del orden municipal se someten a las disposiciones de la ley y a las que expidan los concejos municipales, de manera que las normas contenidas en los Decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976 para las entidades descentralizadas del nivel nacional también son aplicables a las del nivel municipal y por ende, a las del nivel distrital, con fundamento en el principio consignado en el inciso segundo del artículo 322 de la Constitución.

De hecho, la legislación municipal, mucho antes de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, previó la posibilidad de que hubiera entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado que tuvieran a su cargo la prestación de servicios públicos locales (art. 164 Decreto ley 1333/86).

1.2. La autorización conferida por la Ley 142 de 1994 para constituir empresas de servicios públicos de segundo grado.

La Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", estableció una nueva clase de entidad descentralizada por servicios, la de la empresa de servicios públicos oficial o mixta, consistente en una sociedad por acciones destinada a prestar los servicios públicos que regula esa ley, con un régimen jurídico especial (art. 19), siendo la oficial aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes y la mixta aquella en la cual la Nación o las mencionadas entidades tienen aportes iguales o superiores al 50% (L. 142/94, arts. 14, nums. 14.5 y 14.6, y 17).

De otra parte, la ley aludida dejó una opción a las entidades descentralizadas del orden nacional o de cualquier orden territorial, de que se transformaran en empresas de servicios públicos, esto es, sociedades por acciones dedicadas a prestar tales servicios, o en empresas industriales y comerciales del Estado, prestadoras de esos servicios (art. 17 con su parágrafo).

De la consulta se desprende que en el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el Concejo Distrital, mediante el Acuerdo 6 del 19 de abril de 1995, hizo uso de esta opción y escogió la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado, prestadora de

Concepto Sala de Consulta C.E. 1066 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

servicios públicos domiciliarios, denominándola Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -Empresa de Servicios Públicos EAAB-ESP.

Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 dispuso en el inciso tercero lo siguiente:

"Las empresas de servicios públicos podrán participar como socios 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" (negritas fuera del texto original).

Adicionalmente, la primera parte del párrafo del citado artículo establece:

"Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos" (negritas no son del texto original).

Como se advierte, esta norma contiene la autorización legal a las empresas de servicios públicos para que participen como socias en otras empresas de servicios públicos, lo cual significa que puedan participar en su constitución con un aporte de capital o adquirir acciones de una empresa ya constituida.

La norma no distingue acerca de que las empresas sean oficiales, privadas o mixtas y no lo hace tanto para las inversionistas como para aquellas en las cuales se va a invertir.

Precisamente, la parte final del inciso tercero las faculta para asociarse con personas nacionales o extranjeras, con lo cual les permite constituir empresas de servicios públicos con particulares o invertir en empresas ya creadas por particulares; en otros términos, tener capital en empresas de servicios públicos mixtas o privadas, según que el capital estatal en ellas sea igual o inferior al 50% (num. 14.6 y 14.7).

De otro lado, la disposición consignada en el párrafo es amplia, pues faculta a todas las personas jurídicas, es decir, estatales o privadas, comerciales o sin ánimo de lucro, sin tener en consideración su objeto social, a invertir en empresas de servicios públicos, de donde se desprende que contiene también una autorización legal a las entidades estatales y por ende, a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas y a las empresas industriales y comerciales del Estado, prestadoras de servicios públicos para invertir en otras empresas de servicios públicos.

1.3. La autorización otorgada por el Concejo Distrital a la EAAB-ESP mediante el Acuerdo 11 de 1997.

El Concejo de Santafé de Bogotá D.C., mediante el Acuerdo 11 del 9 de junio de 1997, autorizó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB-ESP. "para asociarse con los municipios circunvecinos (al Distrito Capital de Santafé de Bogotá), así como con los municipios localizados en las áreas de influencia de los proyectos Sumapaz y Chingaza II, con el fin de constituir empresas de servicios públicos, siempre y cuando la naturaleza de la empresa que se cree en cada caso sea la de empresa de servicios públicos oficial en los términos prescritos en el numeral 14.5 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y de ninguna manera con persona jurídica de naturaleza privada" (art. 2º).

Al indicar el numeral 14.5, el Concejo Distrital se refirió a la empresa de servicios públicos oficial, o sea la conformada con capital 100% estatal, proveniente de aportes de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o éstas.

Respecto de las facultades del Concejo Distrital sobre la autorización para constituir entidades descentralizadas y más exactamente, entidades indirectas o de segundo grado, existen varias normas en el estatuto del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Decreto con fuerza de Ley 1421 de 1993.

En efecto, el numeral 9º del artículo 12 de dicho decreto señala que es atribución del Concejo Distrital "crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características".

La parte inicial del artículo 55 del decreto, referente a la creación de entidades, dispone que "corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del alcalde mayor, crear, suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

Es evidente que la norma no se refirió a la nueva categoría de empresas de servicios públicos oficiales o mixtas, por cuanto ésta fue creada un año después, por medio de la Ley 142 de 1994, debiendo entenderse que la enumeración de entidades que trae no es taxativa, puesto que no emplea las expresiones "sólo" o "únicamente" y es factible que en un futuro se creen nuevas clases de entidades estatales.

En cuanto a la naturaleza de las empresas de servicios públicos, el inciso primero del artículo 164 del estatuto dispone:

"Cuando el distrito preste directamente los servicios públicos domiciliarios y de teléfonos, lo hará a través de entidades que tengan el carácter de empresas industriales y comerciales del Estado. Igualmente, con autorización del Concejo Distrital, podrá hacerlo a través de sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta, las cuales podrá tener la naturaleza de anónimas".

Luego, el inciso cuarto del mismo artículo prescribe:

"Con autorización del Concejo Distrital, las empresas de servicios públicos en las que el Distrito tenga capital podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos. De la misma manera podrán asociarse, en desarrollo de su objeto, con particulares o formar consorcios con ellos o subcontratar con particulares sus actividades".

Como se aprecia, con base en esta última norma, el Concejo Distrital consideró que estaba facultado para conferir la autorización a la EAAB-ESP de asociarse con los municipios circunvecinos al Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los de la zona de Sumapaz y Chingaza II, con la finalidad de constituir empresas de servicios públicos, que vendrían a ser entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, conforme a la definición del artículo 4º del Decreto-Ley 3130 de 1968.

El asunto es que el Concejo Distrital estableció una restricción en el artículo 2º del Acuerdo 11 de 1997, en el sentido de que la empresa de servicios públicos que se constituyera fuera oficial, no pudiendo ser mixta, ya que confirió la autorización para asociarse con tales municipios, pero "de ninguna manera con persona jurídica de naturaleza privada".

Sin embargo, habría que entender, de conformidad con el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, que es una norma legal y por tanto, de superior entidad jurídica a un acuerdo distrital, que la autorización dada por la ley para asociarse una empresa de servicios públicos, se extiende también a que lo haga con personas nacionales o extranjeras privadas.

Lo anterior indica que el acuerdo mencionado se expidió contra lo establecido en la ley, que es la competente. Por tanto, dicho acto administrativo carece de fuerza ejecutoria, pues si conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo los actos administrativos la pierden cuando desaparezcan sus fundamentos de derecho, con mayor razón deben considerarse privados de ella cuando no tienen ese sustento de derecho, como lo es en este caso en que el acto fue dictado cuando ya el Concejo distrital estaba desprovisto de la competencia para hacerlo.

La autorización del Concejo Distrital se refiere a la constitución de empresas de servicios públicos oficiales, con los municipios circunvecinos y los de la zona de Sumapaz y Chingaza II, pero por otro lado, la EAAB-ESP cuenta con una autorización legal, otorgada por la parte final del inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, que le permite asociarse con personas particulares, para de esta forma, crear empresas de servicios públicos mixtas, con lo cual la condición impuesta por el Concejo Distrital pierde efecto frente al mandato legal.

2. La Sala responde:

2.1. En la actualidad el Concejo Distrital no tiene facultades para autorizar mediante acuerdo a las empresas de servicios públicos como la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB-ESP para asociarse con otras empresas de servicios públicos oficiales o privadas, con base en el inciso 4º del artículo 164 del Decreto 1421 de 1993, por cuanto este inciso se encuentra derogado tácitamente por el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

2.2. El Concejo Distrital no puede restringir que la asociación de una empresa de servicio público se haga sólo con empresas de servicios públicos oficiales, puesto que el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 otorga la autorización para la participación de tal empresa como socia en otra empresa de servicios públicos sin distinción, o sea, oficial, mixta o privada, y también para la asociación con personas nacionales o extranjeras, sin distinción, esto es, estatales o privadas.

2.3. En la actualidad, no es necesario para las empresas de servicios públicos del Distrito Capital contar con la autorización del Concejo Distrital para asociarse con el fin de constituir otras empresas de servicios públicos, por cuanto tienen para ello la autorización legal conferida por el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

2.4. El Concejo Distrital tiene facultades para crear una empresa de servicios públicos oficial, definida en el numeral 14.5 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, con base en el numeral 9º del artículo 12, el artículo 55 y el inciso 1º del artículo 164 del Decreto 1421 de 1993, o para autorizar al Alcalde Mayor su creación.

2.5. El inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 derogó tácitamente el inciso 4º del artículo 164 del Decreto-Ley 1421 de 1993, en el caso específico de las empresas de servicios públicos.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:07:27