



Función Pública

Sentencia 199 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 17001-23-31-000-2003-00199-01

Actor: PERSONERIA MUNICIPAL DE MANIZALES

Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 28 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual declaró parcialmente fundada la excepción de inepta demanda y la falta de jurisdicción, declaró infundada la excepción de caducidad y se denegaron las demás pretensiones de la demanda, instaurada en ejercicio de la acción pública de nulidad.

I. ANTECEDENTES.

I.1- El señor AUGUSTO ARANGO CARDONA, en su calidad de Personero del Municipio de Manizales, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Caldas, tendiente a obtener las siguientes pretensiones:

- La nulidad de las Actas de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales núms. 006 a 010, relacionadas con la constitución de la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS S.A. E.S.P., en la cual ésta tendría una participación del 49% entregando como aporte la concesión del servicio de aseo valorado en \$100'000.000.00, más 7% de recaudo efectivo de la facturación, algunos vehículos y el resto del dinero en efectivo y para efectuar las adiciones y traslados presupuestales necesarios para el efecto.

- La nulidad de la actuación de la supuesta Asamblea o reunión de fecha 16 de septiembre de 1994, de la cual no se encontró Acta, en la cual con los inversionistas privados se determinó la participación accionaria en el capital social de la nueva empresa EMAS E.S.P., de 49% para el Estado - nivel municipal y 51 % para el sector privado; que dicha reunión o no se efectuó o no se le dio publicidad.

- La nulidad del Estudio o Diagnóstico del Servicio de Aseo de las Empresas Públicas de Manizales y su privatización, de fecha 11 de febrero de 1994.

- La nulidad del avalúo de la concesión del citado servicio de aseo de 12 de abril de 1994, y la aprobación o aceptación sin objeciones por parte de las Empresas Públicas de Manizales, y su decisión de 6 de diciembre de 1994, de constituir una nueva sociedad comercial E.S.P., mediante la cual se redujo el mencionado avalúo de manera indebida e injustificada, en detrimento para el patrimonio público local.

- La nulidad de la Escritura Pública núm. 1300 de 6 de diciembre de 1994, por medio de la cual se constituye la Empresa Metropolitana de Aseo - EMAS E.S.P., siendo uno de los socios las Empresas Públicas de Manizales, con un aporte del 49%, mediante la cual se entregan como aporte: una concesión del servicio público de aseo, unas sumas de dinero y unos bienes muebles afectos a este servicio.

- La nulidad del Contrato suscrito el 14 de febrero de 1995, entre las Empresas Públicas de Manizales y la Empresa Metropolitana de Aseo, por medio del cual se hace entrega a título gratuito, en préstamo de uso, un predio de una extensión considerable para el relleno sanitario y unos bienes muebles afectos al servicio público de aseo, sin título traslativo de dominio, legalizando un hecho cumplido.

- La nulidad de la Escritura Pública núm. 893 de marzo 30 de 1998, mediante la cual se reduce la retribución que EMAS E.S.P. le debía pagar a Empresas Públicas de Manizales o Infi-Manizales, por la contraprestación del aporte de la concesión del servicio de aseo, del 7% al 5% del valor de la facturación y cobranza del servicio prestado de aseo, en detrimento del patrimonio público local.

- La nulidad de la Resolución núm. 3000 de 5 de noviembre de 1999 expedida por el Alcalde, estableciendo el área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Manizales, pese a que no existía contrato de concesión según los constituyentes de EMAS E.S.P.

I.2 No obstante las deficiencias técnicas del extenso escrito de la demanda, la Sala resume los hechos señalados por el actor, así:

Que el Acuerdo Municipal núm. 4 de 10 de febrero de 1962 creó y organizó el establecimiento público autónomo que se denominó Empresas Públicas de Manizales, encargado de prestar los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, teléfonos y otros, así como la administración de las galerías y el matadero municipal, el cual fue ampliado y reformado mediante otros actos administrativos.

Que la Ley 142 de 1994, que estableció el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y entró a regir el 11 de julio de 1994, en su artículo 180 ordena transformar las empresas o entidades públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios existentes, de acuerdo con el artículo 17, es decir, que la transformación de la empresa sería a sociedades por acciones, o cuando no se deseara esta forma, se debía adoptar la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado.

Que el 11 de febrero de 1994 se efectuó un diagnóstico del servicio de aseo de las Empresas Públicas de Manizales y se propuso su privatización; que el 12 de abril de 1994 se hizo el avalúo de la concesión del servicio de aseo a efectos de la privatización, por \$1.044'000.000.00.

Resaltó que en la sesión de la Junta Directiva, que consta en el Acta núm. 006 de agosto 2 de 1994, el Gerente de las Empresas Públicas de Manizales, informó que el proyecto para la privatización del servicio de aseo y la conformación de una sociedad de economía mixta para tal efecto, estaba siendo analizada por varias personas del sector privado, en coordinación con la Corporación Financiera de Caldas y por ello solicitó autorización a la Junta Directiva para conformar dicha sociedad, entregar como aporte la concesión del servicio de aseo y efectuar traslados y adiciones presupuestales para tal fin, lo que se aprobó por unanimidad.

Que en el Acta núm. 007 de 19 de agosto de 1994, literal h), consta que la Junta Directiva hace un análisis de la programación actual y futura de las Empresas Públicas y que con referencia al aseo se presentó un informe que no está acorde con lo que se dijo en juntas anteriores; consta en esta Acta que el Gerente de las Empresas Públicas afirmó que en la reunión anterior los asistentes aprobaron que se constituyera una nueva empresa del servicio de aseo, con el carácter de sociedad de economía mixta, con una participación en el capital social, del 40% para Empresas Públicas de Manizales y el 60% para los particulares; que el Alcalde propuso la autorización al Gerente para constituir dicha sociedad entregando como aporte la concesión, previa información a la ciudadanía, con la publicación de un aviso en el diario local, lo cual aprobó la Junta unánimemente, pero no se aprobó la convocatoria pública que ordena la Ley 142 de 1994, para que todos los interesados o empresas de servicios públicos domiciliarios existentes en el país, pudieran, entre otras, presentar propuestas.

Que en el Acta núm. 008 de 3 de octubre de 1994, consta que se preguntó por qué las empresas públicas no tienen una mayor participación en la nueva sociedad y que el Gerente manifestó que se elaboraría un informe pormenorizado del proceso de privatización del aseo y de la constitución de la nueva sociedad para ser presentado a los miembros de la Junta Directiva, a los Concejales y a la opinión pública en general.

Manifestó que en el Acta núm. 009 de 28 de octubre de 1994, por medio de la cual se aprobó la anterior, se dice que se elaboró un informe sobre la prestación del servicio de aseo, que fue enviado a los miembros del Concejo Municipal y de la Junta Directiva, que fue analizado para llegar a la conclusión de constituir una sociedad de economía mixta, pero no se explica el actor por qué si el Estado aporta mayor capital que el sector privado, debe quedarse con menos participación.

Que en el Acta 010 de 21 de noviembre de 1994, se señala que el nuevo Alcalde electo no encontró ninguna objeción al proceso, salvo algunas observaciones y que la Administración de la entidad ha cumplido con los requerimientos que el Gerente informó al Honorable Concejo Municipal, a la opinión pública y a los empleados, por lo que se autorizó al Gerente para constituir la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS S.A. con un capital autorizado de \$1.200'000.000.00 en la cual Empresas Públicas de Manizales tendrá una participación del 49%.

Señaló que el día 6 de diciembre de 1994, mediante la Escritura Pública núm. 1300 se constituye la sociedad anónima Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P., EMAS, con capital autorizado de \$1.200'000.000.00, en la cual se señala que el Gerente de Empresas Públicas está debidamente autorizado para celebrar dicho contrato; que la concesión que inicialmente fue valorada en \$1.044'000.000.00 se entregó como aporte valorado inexplicablemente en \$100'000.000.00 más el 7% del recaudo de la facturación.

Que la Escritura señaló que el aporte de capital de Empresas Públicas a la nueva empresa fue de \$392'000.000.00, así: \$170'000.000.00 en camiones, en efectivo \$122'000.000.00, concesión \$100'000.000.00 equivalente al 49% y el de los particulares fue de \$408'000.000.00, así: Corporación Financiera de Caldas \$120'000.000.00 y otros particulares \$288'000.000.00 para un 51%, pero que los valores reales son distintos, y se favoreció abierta e indebidamente a los particulares.

Anotó que los pasivos derivados del manejo o prestación del servicio público domiciliario de aseo, como los de la relación laboral con los trabajadores de Empresas Públicas, tales como prestaciones sociales, pensiones e indemnizaciones, quedaron a cargo exclusivamente de ésta.

Que el lote de terreno donde viene funcionando el relleno sanitario "La Esmeralda", no tuvo ninguna valoración como aporte, pero se incluyó en la Escritura para que la nueva sociedad ejecutara la operación del relleno, incluida la construcción de las obras de infraestructura necesaria para su posterior desarrollo, por lo que no comprende cómo es que una entidad pública municipal entrega un lote para que lo explote económicamente un particular con ánimo de lucro, y en donde los socios particulares se benefician con mayor porcentaje.

Continúa el actor relatando hechos que considera irregulares, tanto anteriores como posteriores a la creación de la nueva empresa, que se pueden resumir así:

- Desde antes de entrar en vigencia la Ley 142 de 1994, ya existía ánimo de privatización de la empresa de aseo, así como el avalúo de la concesión; en la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales se autorizó al Gerente para constituir una sociedad de economía mixta y entregar en concesión el servicio de aseo con un aporte que se determinó en 49% de capital público y 51% de capital privado, sin que se tenga prueba de una reunión en la que se concertaron estos porcentajes; no se hizo una convocatoria pública como lo exige la Ley 142 de 1994, pues se publicó un aviso a manera de información; que la concesión se estimó en \$100'000.000.00 cuando valía \$1.044'000.000.00 y la retribución que era del 7% se redujo a 5%.

- Se autorizó al Gerente de Empresas Públicas por parte de la Junta Directiva para constituir, como socia accionista una sociedad de economía mixta, cuando en realidad se constituyó una empresa privada cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares; que no se sabe si se trató de un contrato de concesión o no, porque la Secretaría Jurídica del Municipio manifestó que entre el Municipio de Manizales y EMAS S.A. E.S.P. no se celebró un contrato de concesión, sino que se hizo un aporte a la nueva sociedad, por lo que, dice el actor, se debió obtener autorización mediante Acuerdo del Concejo Municipal.

Considera que debió existir contrato de concesión, porque según la Ley 80 de 1993, la entidad descentralizada para entregar la concesión debía tener dicha facultad y según el artículo 25 de los Estatutos, tenía la restricción de que no le era permitido enajenar, a ningún título, ni una sola de las empresas a ella incorporadas, ni darlas en arriendo o administración fiduciaria o en concesión, salvo autorización expresa del Concejo Municipal, y no existe acuerdo en este sentido, por lo que el acto nació viciado de nulidad; que el Alcalde no podía expedir la Resolución núm. 3000 de 1999 en aplicación de la Resolución núm. 11 de 1996, artículo 13, de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, que decía que las áreas entregadas en concesión para la prestación del servicio público de aseo con anterioridad a la fecha de entrada de esta Resolución, podrían considerarse por el Alcalde como áreas de servicio exclusivo, hasta la fecha de los términos de los respectivos contratos de concesión.

Que para que se hablara de contrato de concesión, debió existir una licitación pública con una amplia convocatoria, y la autorización del Concejo Municipal, por lo que se interpretó erróneamente tanto la capacidad para contratar del Gerente como la competencia de la Junta Directiva, en relación con la celebración de contratos, lo cual se podía hacer y autorizar dentro del giro normal de sus operaciones, mas no para cambiar el objeto de la empresa.

Estimó que por la premura no se analizó la conveniencia de que se constituyera una empresa industrial y comercial del Estado, como también lo permitía la Ley 142 de 1994 y se creó una empresa donde el aporte fue determinado indebidamente a favor de unos particulares que reciben las ganancias y una retribución por el excedente de la concesión que no tuvo en cuenta el porcentaje aportado, pudiéndose haber permitido la participación de más empresas que compensara lo efectivamente entregado como aporte público; que existía un conflicto de intereses por parte del evaluador, porque estuvo vinculado a la Corporación financiera, empresa accionista de EMAS S.A. E.S.P. y que la exgerente de Empresas Públicas de Manizales, se convirtió en socia de ésta y luego fue designada como miembro principal de la Junta Directiva.

Que no se explica por qué a los particulares que aportaron capital social a EMAS S.A. E.S.P. se les permitió pagar menos del 50% de sus aportes en efectivo, al momento de la Escritura de Constitución y los saldos restantes en fechas posteriores, cuando a Empresas Públicas de Manizales se le obligó a entregar en la fecha de constitución de la nueva empresa, los aportes por valor real de \$1.336'000.000.00 (vehículos, efectivo y concesión) y reducir este valor a \$392'000.000.00 y a entregar otros bienes inmuebles y muebles, como son el predio relleno sanitario,

edificaciones, equipos y maquinaria y equipo, good will, a título de préstamo de uso, cuando era del caso y en forma gratuita, sin valorarlos, pero se quedó con el pasivo laboral, salarial prestacional y pensional de los trabajadores y empleados del servicio de aseo que estaban vinculados a Empresas Públicas, hoy Infimanizales.

Que la retribución no es del 7% sino del 5%, porque el 2% se recibe por concepto de facturación prestado en la factura de agua, por lo que considera que a los particulares que terminaron manejando la nueva empresa, se les dio a crédito el pago de los restantes \$944'000.000.00 (que resulta de la diferencia entre el avalúo de la concesión y lo que quedó en la Escritura, por la suma de \$100'000.000.00) del valor de la concesión, para que los usuarios pagaran la deuda en la factura de cobro de servicio de aseo, cuyas tarifas fueron incrementadas.

Que todo lo anterior indica que se coartaron los derechos constitucionales de igualdad, publicidad, imparcialidad y moralidad que debe regir en toda actuación administrativa, los derechos colectivos de los usuarios, de libertad de empresa y de participación de las personas o empresas interesadas.

Que el 14 de febrero de 1995, se suscribió un contrato accesorio a la Escritura Pública núm. 1300 de 1994, entre Empresas Públicas y EMAS S.A. E.S.P. que reglamentó todo lo atinente al relleno sanitario, lo que fue estimado en \$100'000.000.00, con el fin de que esta última pudiera realizar su objeto, para lo cual le entregó el predio, una báscula full electrónica, una edificación de aproximadamente 200 metros cuadrados, varios equipos, equipo de fuerza, equipo cargados, datáfono, regulador automático y línea telefónica, estipulando que en ningún momento se transfiere el dominio, sino que se entregan de manera temporal para su uso a título gratuito, lo cual evidencia irregularidades en la constitución de la nueva empresa y lo que se buscó fue legalizar la inobservancia de la Ley 80 de 1993, que exige un contrato estatal escrito previo a la entrega del bien.

Resaltó que no se sabe si se trata de un contrato de concesión o simplemente de un aporte al capital social de la nueva empresa, en virtud de un contrato de sociedad, porque la empresa usa uno u otro término, según la conveniencia.

I.3- Consideró el actor que los actos acusados violaron las siguientes normas:

- La decisión de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales de constituir una nueva empresa, no tuvo en cuenta las alternativas ni el orden de opciones que el legislador estableció en estas normas y solo se tuvo un criterio de privatización que favoreció a unos particulares.

- En el proceso de constitución de la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS S.A. E.S.P. por parte de Empresas Públicas de Manizales, se omitió dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 56 del Decreto 1333 de 1986; los artículos 3°, 5°, 32 numeral 3° y parágrafo 2°, 91 literal a) numeral 1 y literal d) numerales 16 y 17 de la Ley 136 de 1994.

Que estas normas ordenan a las entidades descentralizadas de cualquier orden, cuyo objeto fuera la prestación de servicios públicos domiciliarios, que debían adoptar la forma u organizarse como una sociedad por acciones, oficial o privada, o en una Empresa Industrial y Comercial del Estado y la Junta Directiva de Empresas Públicas autorizó al Gerente General para "constituir" la Empresa Metropolitana de Aseo, con un capital de \$1.200'000.000.00 en la que tendría participación del 49% y el Gerente "constituyó" una nueva sociedad, anónima comercial, empresa de servicios públicos privada, por medio de la Escritura núm. 1300 de 6 de siembre de 1994.

Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha manifestado que la intención del legislador fue que las entidades descentralizadas nacionales o territoriales, que con anterioridad a la Ley 142 de 1994 estuvieren prestando uno o varios servicios públicos domiciliarios, se transformaran, ya sea en empresas constituidas por acciones (privadas o de economía mixta) o bien en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cumpliendo así los lineamientos Constitucionales de que trata el artículo 365.

Concluyó que las Empresas Públicas de Manizales, en lo que respecta al servicio público de aseo, no se transformó, sino que lo que hizo fue conformar como persona jurídica una nueva entidad, sin liquidarse.

Que el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política, establece que corresponde a los Concejos Municipales crear a iniciativa del Alcalde, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales o Comerciales y autorizar la constitución de Empresas de Economía Mixta; el artículo 156 del Decreto 1333 de 25 de abril de 1968 establece que las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que dentro de sus competencias expidan los Concejos Municipales y demás autoridades locales y el artículo 3° numeral 5° *idem*, prevé que los Concejos deben solucionar, entre otras, las necesidades insatisfechas de servicios públicos domiciliarios; que así mismo los artículos señalados de la Ley 136 de 1994 consagran las facultades del Alcalde, tales como coordinar, supervisar y asegurar el cumplimiento de los servicios en el municipio, promover el mejoramiento económico y desarrollar acciones encaminadas a garantizar la promoción de la solidaridad y la convivencia entre sus habitantes, diseñando mecanismos que permitan la participación en la planeación del desarrollo, la concertación y la toma de decisiones.

Estimó que en ese orden de ideas, el Concejo Municipal de Manizales debió autorizar previamente, a iniciativa del Alcalde, a Empresas Públicas, para que constituyera la nueva Empresa Metropolitana de Aseo; que igualmente el artículo 5° de la Ley 142 de 1994, establece que las competencias de los Municipios en relación con los servicios públicos domiciliarios deben ejercerse de conformidad con la Ley y los Acuerdos; que en este caso el control de tutela no operó porque el Alcalde era el más interesado en el proceso de privatización, según se desprende de las Actas de la Junta Directiva, por lo que omitió cumplir con lo ordenado en el artículo 71 parágrafo 1° de la Ley 136 de 1994.

- Falta de Competencia del Gerente de Empresas Públicas de Manizales, para constituir la nueva empresa, previa autorización de la Junta Directiva, porque el artículo 30 del Decreto 1050 de 1968 dispone que los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se deben ceñir en cumplimiento de sus funciones a la norma que los creó y a sus estatutos y no podrán ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar sus recursos o bienes para fines diferentes.

Que los Estatutos de Empresas Públicas de Manizales, en su artículo 2° del Acuerdo Municipal 001 de 1992, que adicionó el Acuerdo Municipal 044 de 1989, artículo 45, autorizan a su Junta Directiva para participar como socia o accionista en sociedades de economía mixta, y en este caso se constituyó una empresa, que no es sinónimo de participar, colaborar, contribuir, cooperar etc. y que la autorización al Gerente es por lo mismo ilegal.

- Que la decisión de Empresas Públicas de Manizales, a través de su Gerente General, de participar como socia, previa autorización de la Junta Directiva, y la suscripción de la Escritura núm. 1300 de 1994, infringió el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, porque Empresas Públicas al no transformarse como lo ordenaba el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, adoptó el procedimiento de participar como socia de una nueva empresa de servicios públicos, contraviniendo el artículo 18 *idem*, que exige previamente tener la calidad de empresa de servicios públicos, para participar como socias de otras empresas de servicios públicos.

- Que todas las decisiones de la Junta Directiva, que constan en las actas acusadas, por medio de las cuales se autorizó la constitución de la nueva empresa, inobservaron flagrantemente sus propios estatutos, así como también la supuesta reunión o asamblea de 16 de septiembre de 1994, de la cual no existe acta, en donde con los accionistas privados se determinó la participación accionaria, el diagnóstico del servicio de aseo, el avalúo de la concesión y la decisión de reducir el avalúo; que también violó los Estatutos la Escritura pública núm. 893 de 30 de marzo de 1998 mediante la cual se reduce la retribución que EMAS S.A. E.S.P. debía pagarle a Empresas Públicas o Infi-Manizales por la contraprestación del aporte de la concesión del servicio de aseo, del 7% al 5% del valor de la facturación y cobranza del servicio prestado, en detrimento del patrimonio público.

Que por lo anterior se vulneraron los artículos 2°, 6°, 60, 63, 78, 103, 121, 122, 209, 333, 334, 365, 367 y 369 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 3° numeral 5°, 32, numeral 3° y parágrafo 2°, 91 literal A) numeral 1° y literal D) numerales 16 y 17 de la Ley 136 de 1994, porque no se facilitó la participación; las actuaciones no fueron conforme al orden jurídico establecido; los servidores públicos no garantizaron los derechos para que los trabajadores y las organizaciones puedan acceder a la propiedad o hacerlos socios de las empresas que creen; no se protegió el patrimonio público ni se garantizaron los derechos colectivos ni la libre competencia económica.

Que se violaron los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, este último contemplado en el artículo 5° de la Ley 136 de 1994, pues no hubo una verdadera convocatoria que diera oportunidad a una mayor democratización del proceso y la posibilidad de nuevas y mejores propuestas para el bien del Municipio y de los futuros usuarios, pues solo se publicó en una página y ubicación poco visible del Diario La Patria, el mismo día de la Asamblea de 16 de septiembre de 1994, un aviso donde se dio a conocer que se votarían las condiciones de aporte de Empresas Públicas en la conformación de una sociedad para el servicio de aseo; que asimismo el 14 de septiembre, se informó que el día 16 en una Asamblea, la Corporación Financiera de Caldas decidiría su participación en una nueva sociedad para la prestación del mencionado servicio, y el día 15 aparece una nota de información de Empresas Públicas.

- Que Empresas Públicas de Manizales no estaba facultada a través de su Gerente, para disponer, a ningún título, de la concesión para la prestación del servicio de aseo en el Municipio.

Expuso que este Municipio delegó en las Empresas Públicas de Manizales la obligación de prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, como un efecto directo de su función de prestar los servicios a su cargo y promover el desarrollo de sus territorios, luego el titular de la obligación de prestar el servicio de aseo es éste, quien encarga temporalmente a una persona de derecho público dicha actividad, reasumiendo todas las funciones cuando el encargo termina, luego el encargado no tiene la facultad de sub-encargar a otra persona jurídica distinta de las señaladas en la mencionada disposición, ya que no es titular del derecho y obligación.

Consideró que en todo caso si se pudiera demostrar que el Municipio de Manizales se despojó legalmente de su función natural de asegurar la prestación de los servicios públicos, cediendo sus derechos a Empresas Públicas de Manizales, ésta no estaba facultada para celebrar contratos de enajenación o entregar en concesión, sin previa autorización expedida por el Concejo Municipal o reforma a sus Estatutos.

La entrega de la concesión y de los demás bienes como aporte o a otro título como préstamo de uso gratuito a la nueva sociedad, mediante la Escritura Pública 1300 de 6 de diciembre de 1994, infringió los artículos 5° numeral 1° y 26 inciso 3° de la Ley 142 de 1994, 311 de la Constitución, 23, 24, 32 numeral 4°, 41 incisos 1° y 3° y 44 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 9 de 1989; el artículo 25 del Acuerdo Municipal 4 de 1992, en armonía con los artículos 14 y 15 del Decreto Extraordinario Municipal 007 de 1987; insistió en que el otorgamiento de la concesión debió seguir el procedimiento de la Ley 80 de 1993, por cuanto el numeral 4° del artículo 32, establece que hay contrato estatal de concesión cuando una entidad estatal acuerda con una persona llamada concesionario, la prestación, operación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público.

Que se trasgredió la Ley de Reforma Urbana porque su artículo 38 solo permite dar bienes del Estado en comodato a otras entidades de derecho público o a personas jurídicas sin ánimo de lucro y la nueva empresa es una sociedad comercial con ánimo de lucro y manejada prácticamente por particulares.

- La Resolución núm. 3000 de 5 de noviembre de 1999, expedida por el Alcalde, por medio de la cual se estableció el área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, acto constitutivo independiente necesario para que la empresa EMAS S.A. E.S.P. pudiera operar en el Municipio, infringe los artículos 17 y 40 de la Ley 142 de 1994, 13 de la Resolución núm. 11 de 9 de mayo de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable, y 13, 78 y 209 de la Constitución Política.

Consideró que según los Estatutos de Empresas Públicas de Manizales, tenía un radio de acción en todo el Municipio, por lo que carecía de fundamento la constitución del área exclusiva por parte del Alcalde, quien en todo caso debió efectuar la invitación pública de que trata el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, conforme a los principios de participación ciudadana y libertad de empresa.

Concluye su escrito solicitando que se declare la nulidad del proceso de transformación de las Empresas Públicas de Manizales, hoy Infi-Manizales, ordenado por los artículos 17 y 180 de la Ley 142 de 1994, así como la constitución de la empresa EMAS S.A. E.S.P., por lo tanto del acto complejo o todas las actuaciones administrativas que conforman el mismo, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de esta declaración y las demás declaraciones necesarias para que se de cumplimiento a las disposiciones de los artículos 17, parágrafo y 40 de la Ley 142 de 1994.

I.4- Corrección de la demanda.

A solicitud del Tribunal Administrativo, que consideró que algunos actos no son actos administrativos, ni tienen naturaleza de “complejos” y que otras actuaciones no corresponden a esta Jurisdicción, el actor corrigió la demanda señalando que las actuaciones que conforman el acto complejo que se demandan, son las siguientes:

- Las Actas 006 a 0010 de 1994 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales.

- La Asamblea o reunión convocada, gerenciada y desarrollada por las Empresas Públicas de Manizales y supuestamente llevada a cabo el día 16 de septiembre de 1994.

- Estudio o diagnóstico del Servicio de Aseo de las Empresas Públicas de Manizales.

- Avalúo de la concesión del servicio de aseo de 12 de abril de 1994.

Señaló en este escrito, que los demás actos a que se hace mención en la demanda son un efecto directo de las actuaciones que conforman el acto complejo que se demanda; que, por lo tanto, no se deben tener en cuenta como actuaciones a demandar por ser de competencia de la Jurisdicción Ordinaria, de conformidad con el auto de 25 de mayo de 2003 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, es decir, los contratos celebrados entre Empresas Públicas de Manizales, hoy Infi-Manizales y EMAS S.A. E.S.P. que constan en las Escrituras Públicas núms. 1300 de 6 de diciembre de 1994, 893 de 30 de marzo de 1998 y el contrato celebrado entre las citadas empresas el 14 de febrero de 1995.

Que como consecuencia directa de la corrección, el demandado no es EMAS S.A. E.S.P.

I.5- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Municipio de Manizales se opuso a las pretensiones de la demanda; consideró que de la lectura de la demanda y más concretamente de su corrección, se desprende que los actos demandados tuvieron su origen en una entidad descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, con carácter de Establecimiento Público territorial, denominada Empresas Públicas de Manizales, según Decreto extraordinario núm. 0007 de 1987, y que los actos acusados no fueron expedidos por el Alcalde.

Que es diferente que el Alcalde haya participado en las decisiones contenidas en dichos actos, por ser miembro de la Junta Directiva, lo cual no hace perder su naturaleza, en el sentido de ser actos expedidos por la Junta Directiva de la entidad descentralizada, que es la única que debe ser llamada en el proceso, por lo que propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Consideró que el detrimento patrimonial que el actor alega debe ser objeto de una acción fiscal ante la Contraloría General de la República, por lo que en este sentido equivocó la acción; que el estudio o diagnóstico del servicio de aseo de las Empresas Públicas de Manizales elaborado por un particular no es un acto administrativo y que éste no hace parte de un acto complejo, pues tal es el que se expide con la intervención de dos o más autoridades u órganos públicos.

Señaló que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 indica que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios son sociedades por acciones, y dispone que las entidades descentralizadas de cualquier orden que no desearan adoptar dicha forma jurídica, debían conformarse como Empresa Industrial y Comercial del Estado, de ahí la actuación de la Junta Directiva de las EEP de Manizales; que el artículo 18 *ídem* faculta ampliamente a las personas jurídicas, independientemente de su objeto social para hacer inversiones en empresas de servicios públicos, y de ahí la razón legal que soporta la decisión de la Junta Directiva de hacer una inversión en una nueva empresa de servicios públicos domiciliarios, a saber, EMAS S.A. E.S.P.; que estas normas y los artículos 10° y 180 parágrafo *ídem*, consagran la libertad de empresa en materia de servicios públicos, lo que indica que se acabó con el monopolio estatal.

Que se celebró una reunión previa con los inversionistas interesados en constituir una nueva sociedad, en la cual se definieron las condiciones de los aportes, tal como consta en la Escritura núm. 893 de 30 de marzo de 1998; que el actor no probó que el capital público era mayor que el que quedó registrado; que el Gerente cumplió fielmente las autorizaciones dadas por Acuerdo Municipal que fue aportado en la demanda.

Explicó que para entender la valoración de la concesión del servicio de aseo en \$100'000.000.00 se debe tener en cuenta que en la constitución de la sociedad se pactó una retribución adicional para las EEP equivalente al 7% del valor de la facturación y cobranza efectiva del servicio prestado y que además recibe las utilidades que le corresponden en la sociedad, lo cual tuvo soporte técnico.

Que la Resolución núm. 3000 de 5 de noviembre de 1999 expedida por el Alcalde no es objeto de demanda, por lo que no se pronuncia sobre ella.

Anotó que la autonomía administrativa y la personalidad jurídica del Establecimiento Público Empresas Públicas de Manizales le permite celebrar contratos, dentro de los cuales se encuentra el de sociedad, lo que es su atribución de conformidad con el artículo 13 de los estatutos; que por lo anterior, se equivoca el actor cuando afirma que se requería autorización del Concejo Municipal, pues éste a la luz del artículo 313 de la Constitución Política sólo crea Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado y autoriza la constitución de Sociedades de Economía Mixta, entes jurídicos distintos a la naturaleza de EMAS S.A. E.S.P., la cual se constituyó como sociedad anónima de carácter privado, de la manera como lo exige el Código de Comercio.

Que el acta de la Asamblea, previa a la constitución de EMAS S.A. E.S.P. no es un acto administrativo, pues ella sólo es preparatoria de la constitución de una sociedad y no fue expedida por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; que el tema de los avalúos se rige por el Código de Comercio, por remisión expresa de los artículos 19 numeral 7° y 27 numeral 7° de la Ley 142 de 1994.

Que el actor confunde la delegación de funciones con la descentralización por servicios que el Municipio puso en cabeza de las Empresas Públicas, por lo que éstas sí podían disponer de la concesión del servicio de aseo para darlo en aporte en especie a una nueva sociedad, lo cual es muy diferente a un contrato de concesión definido en el artículo 39, numeral 1° de la Ley 142 de 1994.

El Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales - Infimanizales, antes empresa de Servicios Públicos de Manizales, consideró que el Tribunal no debió admitir la demanda porque carece de los requisitos y formalidades indicados en los artículos 139 y 141 del C.C.A.; que no se individualizaron con toda precisión los actos demandados y hay incongruencia y ambigüedad; que en algunos casos el actor se basa en suposiciones e interpretaciones, demanda actos preparatorios y la corrección de la demanda no permite desechar hechos y pruebas no pertinentes.

Que un gran esfuerzo de interpretación, que no le corresponde hacer, permite concluir que las nulidades solicitadas se circunscriben a las decisiones de la Junta Directiva, que constan en las Actas núms. 006 a 010 de 1994; a la reunión de 16 de septiembre de 1994; al estudio o diagnóstico del servicio de aseo de la EEP de Manizales y su privatización de febrero 11 de 1994; al avalúo de la concesión del citado servicio de 12 de abril de 1994 y su aprobación sin objeciones por parte de la EEP de Manizales y su decisión de 6 de diciembre de 1994, fecha en que se constituyó la nueva sociedad, en cuanto se redujo el avalúo injustificadamente con detrimento para el patrimonio público local, luego sobre los demás actos acusados no debe existir pronunciamiento.

Que al tenor de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, las empresas que estaban prestando servicios públicos pueden participar como socias en otras empresas de servicios públicos y que independientemente de su objeto social todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en las mismas, entre las cuales debe entenderse también la participación como accionista y que esas entidades descentralizadas podían escindir los bienes de su patrimonio para crear o participar en empresas de servicios públicos.

Que los servicios públicos dejaron de ser monopolio, permitiéndose que todas las personas tengan injerencia o participación en las empresas; que la sociedad EMAS S.A. E.S.P. se podía constituir por la autorización legal conferida por los artículos 10 y 18 de la Ley 142 de 1994, la cual quedaría sujeta a esta ley y al Código de Comercio; que el Gerente y la Junta Directiva de las EEP de Manizales actuaron de conformidad con sus facultades legales y estatutarias; que los aportes y concesiones están autorizadas en las sociedades por acciones, de conformidad con los artículos 463 y 468 del C. de Co. aplicables por remisión del artículo 19.9 de la Ley 142 y la concesión fue evaluada por la Junta Directiva, por la Asamblea preliminar de accionistas, como lo autorizan los artículos 19.7 y 27.7 *ídem*.

Que el artículo 43 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, prohíbe a las empresas de esta naturaleza asumir las obligaciones pensionales, lo que fue una razón para que la empresa nueva se iniciara sin pasivos laborales, decisión adoptada después de un detenido análisis financiero.

Que el artículo 32 *ídem* dispone que salvo en cuanto la Constitución Política o la ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto por esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Que la Ley 142 de 1994 regula toda la materia relativa a los servicios públicos domiciliarios y para explicar que no se requiere la autorización del Concejo Municipal, trajo a colación apartes del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 1066 de 18 de diciembre de 1997, Consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, que se refiere a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, teniendo en cuenta lo expresado por el artículo 18, inciso 3°, de la Ley 142 de 1994; concluyó que lo anterior confirma que las EEP de Manizales no tenían que recurrir al Concejo de Manizales para constituir EMAS S.A. E.S.P., porque aquella hizo uso de las autorizaciones implícitas o explícitas consagradas en los artículos 10°, 18 y 180 parágrafo de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, como tampoco tenían que solicitar autorización al Concejo Municipal para aportar en concesión el servicio de aseo, porque a partir de dicha ley este servicio dejó de ser un monopolio y se consagró la libertad de empresa, por lo que no es lógico ni jurídicamente concebible que deba realizarse una licitación pública para hacer unos aportes de esa naturaleza a una empresa que las mismas EEP de Manizales iban a constituir; que desde otro punto de vista, los Concejos Municipales no pueden autorizar contrataciones de las entidades estatales, según lo establece el artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993, salvo lo previsto en los artículos 300 numeral 9° y 313 numeral 3° de la Constitución Política.

Sostuvo que en materia contractual, las empresas de servicios públicos o las que estaban en transición, no están sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, lo cual se predica de las empresas que estaban en período de transición, porque en estos casos impera la autonomía de la voluntad; que no puede considerarse un mal negocio haber pactado 49% de participación en las ganancias más 7% sobre los ingresos reales.

Expresó que la remisión que la demanda hace a las normas de las Leyes 80 de 1993 y 136 de 1994, 9ª de 1989 y de los Decretos 1333 de 1986,

1050 de 1968 y 77 de 1987, no se aplican a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Que no hace un pronunciamiento sobre la Escritura 1300 de 1994 y 893 de 1998 de la Notaría Quinta de Manizales ni sobre la Resolución núm. 3000 de 1999, expedida por el Alcalde de Manizales, porque si bien se mencionan en la demanda, no se incluyeron en la corrección, luego no forman parte de los actos acusados, como tampoco forman parte la “transformación” de las Empresas Públicas de Manizales al modificar su nombre y objeto, conocida hoy como Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales –INFIMANIZALES.

Explicó que para una cabal comprensión del proceso seguido en las EEP de Manizales, a raíz de la promulgación de la Ley 142 de 1994, basta decir que ésta dejó de prestar los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, telefonía y aseo, invirtiendo sus recursos mediante escisión de los bienes que integraban su patrimonio, como lo permiten los parágrafos de sus artículos 18 y 180, en la creación, constitución y participación de tres empresas de servicios públicos domiciliarios: Aguas Minerales S.A. E.S.P., EMTELSA S.A. E.S.P. y EMAS S.A. E.S.P., y que la EEP de Manizales, hoy INFIMANIZALES, continuó como un establecimiento público del orden municipal, convirtiéndose en una entidad descentralizada para el desarrollo de la ciudad que cumple funciones de un banco de segundo nivel, es accionista de las mencionadas empresas de servicios públicos domiciliarios, sus bienes se convirtieron en acciones, de las cuales es su titular en los porcentajes que indican las escrituras públicas de constitución de las mismas.

Propuso las excepciones de:

- Falta de jurisdicción. Que los actos precontractuales no son actos administrativos y que la competencia para conocer del contrato que se celebró no es de la Jurisdicción Contenciosa sino de la Ordinaria, porque los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos, se rigen por el derecho privado, según remisión expresa que hacía el artículo 31 al parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma modificada por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001.

- Ineptitud de la demanda, al haberse escogido una acción que no correspondía, porque en principio la acción pública de nulidad se dirige contra actos generales, impersonales y en este caso se ha ejercido contra actos concretos, como son: autorizaciones para celebrar un contrato de sociedad por acciones, de servicios públicos domiciliarios, que se demandaron después de los cuatro meses de su ejecución y además si las autorizaciones son contractuales la acción contractual debió ser la escogida.

- Caducidad. Que en el caso de que se considere que las autorizaciones conferidas por la Junta Directiva de las EEP de Manizales sí son actos administrativos, recurribles ante esta Jurisdicción, la acción contra éstos caducó.

- Ineptitud de la demanda, la cual hace consistir en tres modalidades: 1. no se individualizaron los actos con claridad; se pide la nulidad de un acto complejo que no existe; en la corrección de la demanda se hace una enunciación sin contenido en la cual se dejan por fuera las escrituras y resoluciones inicialmente consideradas como parte de ese acto complejo. Del contenido de las actas y demás actuaciones, el actor hace apreciaciones y comentarios sin que pueda precisarse cuáles son los apartes que se quieren demandar, pues las Actas contienen varios temas, luego es necesario hacer un esfuerzo para saber qué es lo que se quiere demandar en nulidad y no se acompañaron las actas en copias idóneas, ni los demás documentos objeto de las pretensiones ni se acompañaron ni probaron, como indica la ley, las normas de alcance local, tales como: Acuerdos, Resoluciones, ni tampoco las demás actuaciones y las peticiones son incoherentes, contradictorias, vagas e imprecisas, porque se solicita que se declare la nulidad del proceso de transformación de las Empresas Públicas de Manizales, hoy INFIMANIZALES así como la constitución de la empresa EMAS S.A. E.S.P., lo mismo que del acto complejo o todas las actuaciones administrativas que conforman el mismo, así como las consecuencias que se derivan de esta y las demás declaraciones necesarias para que se dé cumplimiento a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas jurídicas que se invocan. 2. Indebida acumulación de pretensiones y 3. Incongruencia entre los fundamentos de hecho y de derecho.

La Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. – EMAS, en su calidad de tercero interesado en las resultas del proceso, consideró que después de la corrección de la demanda el actor limitó sus pretensiones, las que carecen de respaldo jurídico. Se refirió a los actos demandados así:

1. Sobre la decisión de la Junta Directiva de las EEP de Manizales de constituir una nueva empresa, consideró que el actor interpretó erróneamente el contenido de las normas que consideró violadas, a saber: artículos 5° numeral 5.1, 6°, 17 y 180 de la Ley 142 de 1994, porque la decisión del órgano directivo de dicha empresa de participar en la constitución de una empresa de servicios públicos de carácter privado es una forma idónea y rigurosa de dar cumplimiento a éstas y de satisfacer las obligaciones del ente municipal en relación con la prestación de los servicios; que, precisamente, el artículo 6° mencionado se refiere a aquellos casos en que, por excepción a las modalidades organizativas impuestas por la misma ley en la prestación de los servicios públicos, los Municipios pueden asumirla directamente, luego no es concebible que el acto que decide la prestación de uno de esos servicios a través de una organización propugnada por la ley, la viole.

2. Expresó que el hecho de haber sustraído de la pretensión de nulidad el acto constitutivo de EMAS S.A. E.S.P. contenido en la Escritura Pública 1300 de 6 de diciembre de 1994, mediante la reformulación de los cargos, implica que la acusación vaya dirigida contra el acto administrativo emitido por la Junta Directiva en sesión del 21 de noviembre de 1994 (Acta 010).

Que en el entendimiento del actor la violación se concreta en el hecho de haber decidido “constituir” una nueva empresa en lugar de haber “aprobado una escisión” o “adoptado la forma de” o de “haberse organizado como” la propia EE PP de Manizales, y en el hecho de que de que la autorización no hubiera sido adoptada por medio de Acuerdo Municipal aprobado a iniciativa del Alcalde.

Expresó que, precisamente, se acogió una de las modalidades organizativas propugnadas en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, que es una de las formas previstas en el artículo 180 *idem*, a saber la escisión de una entidad descentralizada preexistente y que, el contenido del parágrafo del artículo 18 de dicha Ley, autoriza a todas las personas jurídicas a invertir en empresas de servicios públicos, que es justamente lo que ocurre cuando se participa en la constitución de una de ellas.

Que la facultad a la Junta Directiva está dada por el Acuerdo 01 de 1991, literal w) del artículo 45 que le permite autorizar al Gerente para participar como accionista en sociedades de economía mixta; y que la Ley 136 de 1994 es ajena al tema de los servicios públicos domiciliarios.

3. Sostiene que como ya no subsiste demanda contra la escritura de constitución de EMAS, porque el contrato ya no forma parte de los actos acusados, lo que se tiene por demandado es el proceso de constitución y de transformación de las Empresas públicas, acto complejo, según el demandante compuesto por las decisiones de la Junta Directiva, la supuesta reunión del 16 de septiembre de 1994, y el estudio del servicio de aseo y su aprobación.

Sobre el particular, consideró que los juicios del actor son políticos o de conveniencia pero no de validez de las normas.

4. Que la causal de nulidad relacionada con el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de aseo, no es de recibo, de conformidad con el artículo 463 del Código de Comercio, que señala que el Estado también podrá aportar concesiones en las Sociedades de Economía Mixta.

5. Anotó que las restantes causales de nulidad no forman parte de la causa petendi de la acción, porque fueron excluidas de la pretensión.

Propuso las excepciones de:

- Falta de jurisdicción por la no justiciabilidad en sede Contencioso Administrativa de algunos actos acusados, que no emanan de la Administración Pública, como son: la Asamblea o reunión celebrada por las EE PP de Manizales con particulares para discutir la posible creación

de un ente encargado de prestar el servicio público de aseo; el estudio o diagnóstico del servicio de aseo de esta empresa y el avalúo de la concesión del servicio de aseo, estos últimos de naturaleza técnica.

- Inepta demanda por inexistencia de acto complejo, pues lo que existe son expresiones de voluntad de la Administración y el acto complejo sólo se configura cuando todos sus componentes son producidos por órganos administrativos y cuando cada una de las manifestaciones de voluntad provenientes de los mismos se funden en una sola decisión final, de manera que ninguna de ellas aisladamente adquiere existencia jurídica propia.

- Ineptitud de la demanda por improcedencia de la acción de nulidad, en la medida en que los actos acusados son creadores de una situación particular y concreta y no están excepcionados por la ley para ser pasible de dicha acción, porque no es de aquellos que comporten un especial interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia que vaya aparejado con el afán de legalidad, porque además se trata de un acto preparatorio, que decide la realización del contrato de sociedad, luego no es un acto definitivo.

- Ineptitud de la demanda por no ser los actos acusados objeto de la acción de nulidad, por ser de carácter preparatorio y no definitivos, pues lo que hacen es impulsar la actuación y en este caso no tienen significado si no se celebra el contrato.

- Improcedencia de la acción de nulidad sobre actos administrativos agotados en materia de servicios públicos, lo cual se fundamenta en la economía institucional del proceso, que solo dilucida controversias que puedan producir efectos en el mundo jurídico, de manera que la acción de nulidad que llegara a tener un desenlace positivo con relación al acto acusado que, en esencia, es solo un acto de habilitación al Gerente de las EEPP de Manizales, carecería de toda eficacia, porque en este caso se trataría de un acto agotado, inmerso y subsumido en la celebración del contrato que constituyó su cumplimiento, y que ya no puede producir efectos nuevos; lo anterior al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 142 de 1993, que consagra que la anulación de un acto administrativo relacionado con los servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro y si al declarase la nulidad se reordena el restablecimiento del derecho ello se hará en dinero, para no perjudicar la prestación del servicio ni los actos o contratos celebrados de buena fe.

- Caducidad de la acción, porque los actos que anteceden al contrato no son susceptibles de demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 inciso 2° del artículo 87 del C.C.A.

- Inepta demanda por: 1. Deficiencia de sus requisitos formales, porque no se individualizó con toda precisión el acto demandado, se dijo que era un acto complejo en el que se incluyeron actos que no son administrativos y se omitió el acto de transformación de la EEPP contenido en el Acuerdo núm. 292 de 6 de agosto de 1997; 2. carencia de prueba idónea de los actos demandados y 3. incongruencia entre los hechos y las razones de derecho y las pretensiones, debido a la confusión que se presentó por la formulación inicial de la demanda y su corrección.

- Legalidad de los actos administrativos demandados porque la autorización de la Junta Directiva de las EEPP de Manizales, contenida en el Acta 010, tiene pleno sustento en los Estatutos vigentes y en el artículo 8° parágrafo de la Ley 142 de 1994 y se cumplió con las obligaciones que consagró la Ley de servicios públicos domiciliarios en sus artículos 14, 18 y 180.

- Falta de jurisdicción, resultante de ser imposible el conocimiento de los actos acusados sin el sometimiento al mismo proceso, del contrato de cuyo *iter* forman parte inescindible, a saber: el negocio en cuya virtud fue constituida EMAS S.A. y la Escritura Pública 1300 de 6 de diciembre de 1994, y el contrato que de acuerdo con la demanda estaría sujeto a los vicios es de especialidad civil de la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, según se desprende de la Ley 689 de 2001, artículo 3°, por lo que queda sometido a la competencia contenida en el numeral 1° del artículo 16 del C. de P. C.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Caldas en el fallo apelado, decidió:

- Declarar parcialmente fundada la excepción de inepta demanda y falta de jurisdicción, por lo que se inhibió de pronunciarse sobre las Actas de la Junta Directiva de las EEPP de Manizales núms. 008 y 009 de 1994, la Asamblea o reunión convocada realizada el 16 de septiembre de 1994, el estudio o diagnóstico del Servicio de Aseo de abril 12 de 1994.

- Declarar infundada la excepción de caducidad.

- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Señaló que examinada la naturaleza jurídica de la Empresa Metropolitana de Aseo de Manizales, EMAS S.A. E.S.P. el juzgamiento de los conflictos jurídicos contractuales o extracontractuales derivados de la constitución y/o operaciones de la empresa así constituida corresponden a la Jurisdicción Ordinaria, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado, al revisar en acción popular el régimen aplicable a esta sociedad, en sentencia de 26 de enero de 2006 (Expediente núm. AP-2004-400637-01, Consejero ponente doctor Alíer Hernández Enríquez).

Consideró que no corresponde a la Jurisdicción conocer de los actos de naturaleza privada como son el estudio o diagnóstico del Servicio de Aseo de las EEPP de Manizales y el avalúo de la concesión del servicio de aseo de abril de 1994, porque no son enjuiciables por vía contenciosa, por lo cual se inhibe de pronunciarse sobre ellos.

Que varios de los actos demandados son de trámite o preparatorios, que no ponen fin a la actuación, por lo cual no son demandables, como son las Actas núm. 08 y 09 de 1994, en las cuales consta, respectivamente, que en la reunión de Junta Directiva se plantearon inquietudes sobre el proceso de privatización del servicio de aseo y la suerte de sus trabajadores y se hizo referencia a los porcentajes de participación en la empresa de aseo por constituir.

Sobre la supuesta asamblea o reunión del 16 de septiembre de 1994, consideró que no es jurídicamente viable demandarla en abstracto, pues no existe acta y que en este sentido se declarará la excepción de inepta demanda, porque no se individualizó el acto demandado.

Por lo anterior, solo se pronunció sobre las Actas núms. 006 de 2 de agosto de 1994, 007 de 19 de agosto de 1994 y 010 de 21 de noviembre de 1994, correspondientes a las sesiones realizadas por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales, que contienen una reiterada autorización al Gerente de dicha entidad, para que junto con otras personas naturales o jurídicas, concorra a la constitución de la Empresa de Servicios Públicos, que se llamó EMAS S.A. E.S.P.

Concluyó que la Junta Directiva sí estaba autorizada por los Estatutos para la creación de la nueva empresa y que no se requería de licitación pública, esto es, que sí tenía competencia para autorizar la participación de Empresas Públicas de Manizales como socia accionista en sociedades de economía privada para la prestación de servicios públicos, de conformidad con el artículo 45, literal w) de sus Estatutos, aprobados mediante Acuerdo núm. 044 de 1989, porque el fin primordial al proponerse esta nueva redacción en el año de 1992 fue el de dinamizar al máximo la prestación del servicio de aseo.

Consideró el Tribunal que no se requería autorización previa del Concejo Municipal de conformidad con el artículo 25 del Acuerdo núm. 004 de 10 de febrero de 1962, por medio del cual se "Organiza el Establecimiento Público Autónomo de la Administración de los Servicios Públicos de Manizales", por varias razones:

El artículo 367 de la Constitución Política defiende a la ley la fijación de las competencias y responsabilidades en materia de servicios públicos y a

su vez radica en los Municipios la prestación directa de estos servicios cuando sea conveniente desde el punto de vista técnico y financiero; el ejercicio descentralizado de funciones se cumple a través de Establecimientos Públicos dotados de personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, con independencia de la entidad que le dio origen y conforme a los actos de creación y/o estatutos internos que los rigen, tal como lo disponen los artículos 70 y 71 de la Ley 489 de 1998; que el artículo 313, numeral 6, de la Constitución Política, emplea la acepción “crear” para referirla a los establecimientos públicos, pero emplea la acepción “autorizar la constitución” cuando se trata de sociedades de economía mixta y que por otra parte, repite, el Acuerdo 001 de 1992, le confirió a la Junta Directiva la función de autorizar al Gerente de las EEP crear este tipo de entidades, lo que excluye la autorización previa y expresa del Concejo Municipal o la intervención del Alcalde para adoptar determinaciones tendientes a adecuar el servicio público domiciliario a los lineamientos de la Ley 142 de 1994.

Consideró que la Ley de servicios públicos domiciliarios es especial y prevalente y que, por lo tanto, en el caso que se examina no tienen aplicación las Leyes 136 de 1994, 80 de 1993 y 9ª de 1989, como tampoco el Decreto 1333 de 1986; que no se requería convocatoria a la comunidad a efectos de la constitución de EMAS S.A. E.S.P. y respecto del detrimento patrimonial, estimó que este asunto no le compete a esta Jurisdicción.

Finalmente, manifestó que declarará fundada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva que propuso el Municipio de Manizales, porque no tuvo participación en los actos acusados y porque las EEP tenían Autonomía Patrimonial y Administrativa. Señaló que declarará infundada la excepción de caducidad, porque se trata de una acción de nulidad respecto de la autorización dada por la Junta Directiva al Gerente de la EEP de Manizales.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

En memorial obrante a folios 453 a 461, el actor interpuso el recurso de apelación y en esencia expresó su inconformidad porque se infringió el debido proceso por cuanto no hubo contradicción, no se sometieron a un análisis crítico los argumentos sobre la constitución de un acto complejo para el cumplimiento de lo ordenado por los artículos 17, numeral 1º y 180 de la Ley 142 de 1994, pues se requirió la concurrencia de declaraciones de voluntad de varias entidades del Estado, las cuales aisladamente no podrían configurar la transformación de las EEP de Manizales; que los actos preparatorios en su conjunto conforman cada una de las etapas que convergen a la creación de la empresa EMAS S.A. E.S.P.; que la facultad otorgada al Gerente General de las EEP solo era para “participar”, pero lo que se hizo fue constituir una nueva empresa; que existía la obligación de auscultar otras posibilidades de transformación, previo estudio de las tarifas, por lo que se trasgredió la Ley 136 de 1994, artículo 1º.

Que se desconoció lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2785 de 1994, que obliga al Alcalde a presentar el proyecto de transformación para discusión del Concejo Municipal; que se infringió el artículo 304 del C. de P. C., que por la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. se debió aplicar para explicar los razonamientos de legalidad y equidad respecto de los estudios de factibilidad y conveniencia y del comodato que se celebró mediante la Escritura Pública núm. 893 de 1998; que no hubo contradicción en cuanto al contrato de concesión ya que las EEP no eran titulares del derecho, sino lo era el Municipio de Manizales y que tal y como lo ordenan los artículos 25 y 39 numeral 1º de la Ley 142 de 1994, debió existir un Acuerdo específico del Concejo Municipal.

Que no mereció el más mínimo análisis el hecho de que los particulares hayan aportado un capital del 24.4% y las EEP de Manizales el 76.6% y además el terreno del relleno sanitario que no entró en el avalúo y además asumió el inmenso pasivo prestacional y, sin embargo, los particulares se quedaron con el 51% de EMAS S.A. E.S.P.; además de que no se realizaron los estudios para haber hecho de los servicios públicos de Manizales una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

IV. ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda contra diferentes actos y actuaciones que realizó el establecimiento público del orden municipal denominado Empresas Públicas de Manizales, en la formación de la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS S.A. E.S.P., en la cual actuó como socio en un porcentaje del 49%.

Atendiendo la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, mediante auto de 29 de mayo de 2003 (folio 591 del cuaderno núm. 1) los actos demandados fueron detallados en la corrección de la demanda, por lo que la Sala circunscribirá sus consideraciones y su decisión estrictamente a los actos demandados en acción de nulidad, a saber:

1. Las Actas 006 - 007 - 008 - 009 y 0010 de 1994 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales.
2. La Asamblea o reunión convocada, gerenciada y desarrollada por las Empresas Públicas de Manizales y supuestamente llevada a cabo el día 16 de septiembre de 1994.
3. Estudio o diagnóstico del Servicio de Aseo de las Empresas Públicas de Manizales.
4. Avalúo de la concesión del servicio de aseo de 12 de abril de 1994.

Sobre los ítems 2, 3 y 4, la Sala encuentra que la demanda es inepta y por ello se confirmará la sentencia de primer grado que se declaró inhibida de hacer pronunciamiento alguno al respecto. En efecto, las decisiones de la Asamblea, en palabras del actor, supuestamente realizada el 16 de septiembre de 1994, no se conocen, luego el acto no está perfectamente individualizado; el Estudio o diagnóstico del Servicio de Aseo de las Empresas Públicas de Manizales (folios 107 a 235 ídem) y el avalúo de la concesión del servicio de aseo de 12 de abril de 1994 (folios 237 a 239), no son actos administrativos, como bien lo señaló el Tribunal, sino elementos de juicio para que la Administración, en este caso las Empresas Públicas de Manizales, pudieran tomar una decisión en relación con la empresa de servicios públicos domiciliarios que se pretendía crear.

En cuanto a las decisiones de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales, que constan en las Actas mencionadas, debe la Sala acudir a su lectura para examinar su contenido, en lo relacionado con la creación de la empresa EMAS S.A. E.S.P., que el actor considera que vulneran el orden jurídico.

- Acta núm. 006 de 2 de agosto de 1994 (folios 444 a 453 ídem).

Este documento, da cuenta de que el Gerente de las EEP de Manizales, se refirió al estudio que se está realizando de la Ley 142 de 1994, en el sentido de que esta norma exige la transformación de este establecimiento público en una sociedad por acciones o en una empresa industrial y comercial del Estado en un plazo máximo de dos años, “para lo cual se elaborará el proyecto de Acuerdo para ser sometido a la aprobación del Honorable Concejo Municipal”; que el Gerente informó que el proyecto para la privatización del servicio de aseo y la conformación de una sociedad de economía mixta para este efecto, está siendo analizado por varias personas del sector privado, en coordinación con la Empresa Financiera de Caldas.

Consta en esta Acta que en esta reunión de Junta Directiva el Gerente solicitó su autorización “para conformar dicha sociedad”, entregar como aporte la concesión del servicio de aseo y efectuar los traslados y adiciones presupuestales necesarios para tal fin y que la Junta Directiva lo

aprobó por unanimidad, ad referendum del señor Alcalde, que era miembro y el Presidente de la Junta, quien posteriormente suscribió el Acta.

Para la Sala la decisión de la Junta Directiva de la EEPP de Manizales, de autorizar la conformación de una sociedad de economía mixta, es un acto administrativo capaz de producir efectos, cuya legalidad se examinará una vez se analicen todas las actas demandadas.

- Acta núm. 007 de 19 de agosto de 1994 (folios 455 a 463 *ídem*).

Sobre el tema del servicio de aseo, en este documento consta que el Gerente informó que el proyecto de la constitución de la sociedad para prestar el servicio está casi listo, que la Corporación Financiera está coordinando la participación del sector privado en esta sociedad, que en la junta anterior se aprobó autorizar al Gerente General para constituir la sociedad de economía mixta con el 40% del capital de la EEPP de Manizales y el 60% del privado; y que la Junta Directiva, por propuesta del Alcalde, aprobó por unanimidad autorizar al Gerente General para constituir la sociedad de economía mixta para prestar el servicio de aseo, entregando como aporte la concesión, previa información a la ciudadanía, incluyendo la publicación de un aviso en el diario local.

Como se dijo en el ítem anterior se examinará más adelante la autorización de la Junta Directiva al Gerente, para constituir la sociedad de economía mixta para prestar el servicio de aseo.

- Acta núm. 008 de 3 de octubre de 1994 (folios 465 a 470 *ídem*).

Consta en esta Acta que el Gerente presentó a consideración una propuesta de reubicación de personal para cuando se entregue el servicio de aseo a la nueva sociedad, y que el Alcalde hizo varios cuestionamientos, tales como: por qué la empresa no tendría una mayor participación en la conformación de la sociedad mixta, que podría ser del 49%, qué personal realizaría el aseo, qué conocimiento tenía la ciudadanía acerca de la constitución de esta nueva sociedad, si se efectuó el avalúo de los equipos que se entregarán, qué sucederá con la planta de reciclaje y a quién pertenecerán las basuras de recolección, a lo que el Gerente señaló que para responder las inquietudes se elaboraría un informe pormenorizado del proceso de privatización de aseo y la constitución de la nueva sociedad para ser presentado a la Junta Directiva, a los Concejales y a la opinión pública en general.

En esta reunión de Junta Directiva no se tomaron decisiones, luego la demanda del Acta, en lo que hace referencia a la empresa EMAS S.A. E.S.P. es inepta, en la medida que se demandó un acto que no tiene el carácter de administrativo definitivo, por lo que la Sala confirmará el fallo apelado que se inhibió de pronunciarse al respecto.

- Acta núm. 009 de 28 de octubre de 1994 (folios 472 a 485 *ídem*).

Consta que en esta reunión se anexó al acta un informe sobre la transformación de los servicios de aseo y plaza de mercado y la nueva estructura de las EEPP de Manizales, reubicación de personal y creación de cargos, y que el Gerente informó que en atención a la sugerencia del señor Alcalde en la sesión anterior se propuso la participación de las empresas públicas en un 49% en la sociedad que se constituirá para prestar el servicio de aseo.

Como quiera que del texto de la citada Acta se infiere que no se tomaron decisiones en la reunión a que ella alude, se confirmará la sentencia apelada que se declaró inhibida de hacer pronunciamiento de fondo frente a la misma.

- Acta núm. 10 de 21 de noviembre de 1994 (folios 487 a 497 *ídem*).

En la reunión a que se contrae el Acta, el nuevo Alcalde no encontró objeciones al proceso de privatización del servicio de aseo e hizo observaciones a la minuta; los miembros de la Junta Directiva autorizaron “ampliamente al Gerente General para constituir la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS S.A. E.S.P., con un capital autorizado de \$1.200'000.000.00 en la que las Empresas Públicas de Manizales tendrán una participación del 49%, entregando como aporte la concesión del servicio de aseo valorado en \$100'000.000.00 más el 7% del recaudo efectivo de la facturación, algunos vehículos que han sido previamente avaluados y el resto en dinero en efectivo”.

La parte actora en su demanda alegó que dicha autorización de la Junta Directiva al Gerente de las EEPP de Manizales era ilegal, porque ésta no tenía esa facultad, pues ello era competencia del Concejo Municipal.

Debe entonces la Sala dilucidar si la Junta Directiva del establecimiento público denominado Empresas Públicas de Manizales, creado mediante el Acuerdo Municipal núm. 4 de 10 de febrero de 1962, tenía competencia para autorizar a su Gerente para constituir una empresa de economía mixta para prestar el servicio público domiciliario de aseo, en la cual participaría como socio.

El artículo 313 de la Constitución Política, numeral 6° que el actor considera violado, consagra:

“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”

Cabe resaltar que esta Sección en sentencia de 26 de febrero de 2004 (Expediente núm. 1998-02116 (8921), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), que ahora se reitera, precisó:

“...si bien le corresponde al Concejo determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, se tiene que no le corresponde crear sociedades, y menos por acciones, ya que ello no aparece entre sus atribuciones, sino que su función para ese fin es la de autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, según el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política, lo que permite colegir que también tiene esa función para la creación de sociedades por acciones, pues las de economía mixta usualmente lo son...”

Ahora bien, se afirma en la contestación de la demanda que en este caso la autorización del Concejo Municipal estaba dada por el Acuerdo Municipal núm. 001 de 12 de febrero de 1992 (folio 82 del cuaderno 1), que a la letra dice:

“Por medio del cual se adiciona el Decreto Extraordinario nro. 0007 de 1987 y el Acuerdo nro. 044 de noviembre 30 de 1989”

El CONCEJO DE MANIZALES, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y legales y en especial las conferidas por el Decreto 1333 de 1986, artículo 156,

ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: Adiciónase el Decreto Extraordinario Nro 0007 de 1987, que corresponde a los actuales Estatutos de las Empresas Públicas de Manizales en su artículo 3°. Así:

OBJETO.- El objeto del establecimiento es principalmente la organización, dirección, administración y prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, matadero, plaza de mercado, plaza de ferias, teléfono, telecomunicaciones

ARTÍCULO SEGUNDO: *Adiciónase el Acuerdo 044 de 30 de noviembre de 1989, en su artículo 3º, que corresponde al artículo 45 de los actuales estatutos con el siguiente literal:*

w. Autorizar al gerente para que la Empresa participe en Corporaciones, Asociaciones o fundaciones existentes o que se creen u organicen y que tengan relación directa con el objeto de la misma y participar como socia o accionista en sociedades de economía mixta, de capital público, entidades descentralizadas indirectas que tengan los mismos o similares fines u objetivos, en forma directa o indirecta de conformidad con la ley."

Para la Sala, el Acuerdo Municipal transcrito bien puede considerarse como una autorización para constituir la empresa EMAS S.A. E.S.P., pues no obstante que para la época en que fue expedido no existía la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, no lo es menos que el mismo es claro en cuanto en su artículo segundo autoriza al Gerente de las Empresas Públicas de Manizales para que participe, entre otras, como socia o accionista en sociedades de economía mixta, como en efecto lo es EMAS S.A. E.S.P., constituida el 6 de diciembre de 1994 (folios 26 a 29 del cuaderno 1A), esto es, cuando ya había entrado a regir la Ley 142 de 1994, cuya vigencia comenzó el 11 de julio de ese año, de acuerdo con su artículo 189.

Advierte la Sala que en el Acta núm. 006 de 1994, de la reunión de la Junta Directiva de EMPRESAS PÚBLICAS DE MANIZALES, se expresó que se elaboraría un "proyecto de Acuerdo para ser sometido a la aprobación del Honorable Concejo Municipal", y que ello no se llevó a cabo. Empero, como ya se dijo, el Acuerdo Municipal núm. 001 de 12 de febrero de 1992 puede y debe tenerse en cuenta como el acto de autorización de que trata el artículo 313, numeral 6, de la Carta Política, de ahí que no se requiriera someter nuevamente a la aprobación del Concejo una autorización para constituir una sociedad de economía mixta, que ya existía en cabeza del gerente para que EMPRESAS PÚBLICAS DE MANIZALES pudiera participar como socia o accionista, entre otras, en sociedades de economía mixta.

Finalmente, cabe destacar que la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 26 de enero de 2006 (Expediente núm. 2004-00637-01 (AP)), Consejero ponente doctor Alíer Eduardo Hernández Enríquez, confirmó la sentencia de 2 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda que se interpuso en ejercicio de una acción popular, por cuanto no encontró vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, con la puesta en marcha de la empresa EMAS S.A. E.S.P..

Sobre el particular, dijo la Sección Tercera en la precitada sentencia:

"3.1 Constitución de la EMAS

Desde 1962 hasta diciembre de 1994, en el municipio de Manizales, el servicio público domiciliario de aseo era prestado por un establecimiento público autónomo, denominado Empresas Públicas de Manizales, el cual fue creado mediante el acuerdo municipal número cuatro del 10 de febrero de 1962.

Dicho acuerdo señalaba:

"Artículo 1. Organízase un establecimiento público autónomo encargado de la dirección, administración y prestación de los servicios municipales de acueducto, aeropuerto, alcantarillado, aseo (...) y los demás servicios que previa aceptación o recomendación de la junta, le asigne el Concejo, al cual se adscribe, como patrimonio propio e independiente, todos los bienes e instalaciones afectados por el municipio de Manizales al funcionamiento de dichos servicios, las nuevas instalaciones y futuras ampliaciones. El establecimiento se denominará Empresas Públicas de Manizales."

"Artículo 2. El establecimiento así organizado será una persona jurídica de derecho público, dotada de autonomía y encargada de la prestación de los servicios públicos para los cuales se organiza, de acuerdo con las regulaciones que establezcan las leyes y sus estatutos (...)" (folio 43, cuaderno 1).

El seis de diciembre de 1994, mediante escritura pública número 1300 de la Notaría Quinta de Manizales, se constituyó la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. (EMAS) como sociedad de economía mixta, con 49% de su capital accionario en cabeza de Empresas Públicas de Manizales y el 51% restante, en cabeza del sector privado.

En este punto, es pertinente señalar que, en referencia a la naturaleza de las empresas de servicios públicos y al régimen jurídico que les es aplicable, la Ley 142 de 1994 dispone:

"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.

"(...).

"ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

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

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

Sobre este mismo punto, el Consejo de Estado explicó:

"Conforme disponen los artículos 19.15 y 32 de la ley 142 de 1994, la constitución y los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo que no regule de modo especial la ley de servicios públicos, se rigen por las reglas del derecho privado. Por tanto, el régimen aplicable a la transformación de las entidades descentralizadas en sociedades por acciones es el de derecho privado, y específicamente el previsto en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. La aplicación de las reglas de derecho privado a las empresas en que las entidades públicas sean parte, se

produce sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o actividad que realicen.”¹

De lo anterior es posible concluir que, habiéndose constituido la EMAS como una empresa de servicios públicos, los actos por ella realizados, incluido el de constitución, se regían por el derecho privado. No es entonces de recibo el argumento del demandante, según el cual, el municipio de Manizales debió haber creado esta nueva empresa a través de una licitación o invitación pública, conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993. La ley y la jurisprudencia son claras en establecer que en estos casos, el régimen jurídico aplicable es el derecho privado.

Debe señalarse, además, que la prestación del servicio público domiciliario de aseo, para el que fue creada la EMAS, no estaba a cargo del municipio de manera directa, sino del establecimiento público Empresas Públicas de Manizales, ente éste que luego participó como socio accionista minoritario en la nueva empresa. Este hecho es un argumento adicional que permite demostrar que el municipio de Manizales no tenía obligación alguna de abrir una licitación pública para contratar la prestación del servicio en mención, puesto que no lo prestaba directamente.

Lo anterior significa que el municipio de Manizales, que no participó en la negociación o, al menos, tal circunstancia no está acreditada en el proceso, no incumplió ninguna obligación legal. Respecto de la alegada violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, encuentra la Sala que ésta no fue de manera alguna acreditada...”.

Por lo anteriormente expresado, la Sala debe confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de abril de 2012.

MARÍA ELIZABETH G ARCÍA GONZÁLEZ

Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del cinco de agosto de 1999.

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 04:43:14