



## Concepto Sala de Consulta C.E. 1185 de 1999 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS11851999

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen aplicable para la selección de socio privado / PROCESO DE SELECCION DE SOCIO PRIVADO - Constitución de empresa de servicios públicos domiciliarios / CONSTITUCION DE EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Proceso de selección de socio privado / SOCIO PRIVADO PARA CONSTITUCION DE EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Invitación Pública / INVITACION PUBLICA A SOCIO PRIVADO PARA CONSTITUCION DE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen aplicable

El régimen jurídico aplicable al proceso de selección de un socio privado por parte de un municipio interesado en constituir una empresa para la prestación de servicios públicos, independientemente de la participación de éste en aquélla, bien sea menor, igual o superior al 50 o / o, será el preceptuado en la ley 142 de 1994, esto es, mediante la modalidad de invitación pública. la constitución de la sociedad se sujetará a las normas del Código de Comercio y a las que, en la citada ley 142, regulan la materia.

SOCIO DE MUNICIPIOS PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a las personas naturales o jurídicas, consorcios o uniones temporales, interesados en actuar como socios de un municipio para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es el contenido en los artículos 44.3 y 66 de la ley 142 de 1994.

SOCIO DE MUNICIPIOS PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Vicios en la Selección / SOCIO DE MUNICIPIO PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Procedencia de participación en otras sociedades

La participación de una misma persona natural o jurídica como integrante de más de un consorcio o unión temporal interesado en ser socio del municipio en una empresa de servicios públicos mixta no está contemplada como causal de inhabilidad o incompatibilidad en las normas que regulan la materia y, por consiguiente, no constituye, en criterio de la Sala, un vicio en la selección del socio privado.

VICIOS EN LA SELECCION DE SOCIO PRIVADO PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Continuidad en la prestación del servicio.

En el evento de que en el proceso de selección del socio privado se haya presentado un vicio que afecte la constitución de la nueva empresa, el municipio podrá proceder a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de servicios públicos, o asumir directamente en forma total o parcial las actividades que se requieran para asegurar la continuidad en la prestación del servicio.

Autorización el 23 de junio de 1999 con oficio N° 602 de junio 21 de 1999

[Ver art. 171, Decreto Ley 1421 de 1993](#) , [Ver Ley 226 de 1995](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente:

Augusto Trejos Jaramillo

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación número: 1.185

Actor: Ministerio del Interior

Referencia : Empresa de servicios públicos mixta. Régimen jurídico aplicable para la selección del socio.

El señor Ministro del Interior doctor Néstor Humberto Martínez Neira, por solicitud del Alcalde Municipal de Cúcuta doctor José Antonio Gelvez Albarracín, consulta a la Sala sobre el régimen jurídico aplicable para que un municipio interesado en conformar una empresa de servicios públicos de carácter mixto, cuyo objeto será la prestación de servicios públicos domiciliarios, seleccione un socio privado. En torno de este tema formula los siguientes interrogantes:

"1. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable para la selección por parte de un municipio interesado en conformar una empresa de servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 5o. numeral 5.1. de la ley 142 de 1994?

2. ¿Existe algún régimen de inhabilidades o incompatibilidades que sea aplicable a las personas naturales, jurídicas, consorcios o uniones temporales interesados en actuar como socios del municipio para el efecto indicado en el interrogante anterior?

3. ¿La participación de una misma persona natural o jurídica como integrante de más de un consorcio o unión temporal interesado en ser socio del municipio en una empresa de servicios públicos mixta, comportaría algún vicio jurídico en la selección del socio privado y por ende en la conformación de la nueva empresa?

4. ¿En el evento en que la administración municipal haya seleccionado como socio privado a un consorcio o unión temporal, en el que uno de sus integrantes hubiere pertenecido simultáneamente a otro de los oferentes, estando en firme el acto administrativo de escogencia y en el supuesto de que, según la respuesta a la pregunta anterior, ello comporte un vicio en el proceso de selección, cuáles serían las alternativas de que dispondría el municipio para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, la cual se vería amenazada de no constituirse la nueva empresa?"

En documento posterior, el señor Ministro del Interior a petición del señor Alcalde Municipal de Cúcuta adiciona la pregunta número 1 de la consulta en los siguientes términos:

"1. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable para la selección de un socio privado por parte de un municipio interesado en conformar una empresa de servicios públicos, para la prestación de cualquiera de los servicios de que trata el artículo 5o., numeral 5.1. de la ley 142 de 1994, según que la participación del municipio sea porcentualmente: a) Igual o mayoritaria al 50%, b) Menor del 50%?"

## I. CONSIDERACIONES

### A. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El artículo 365 de la Constitución Nacional determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y a éste atribuye la obligación de asegurar su prestación eficiente para todos los habitantes del territorio nacional. Defiere a la ley la facultad de definir su régimen jurídico, da la posibilidad de que los servicios sean prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero advierte que, en todo caso, aquél conservará la función de regulación, control y vigilancia.

A su vez, los artículos 367 y 368 *ibídem* señalan que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario y de protección a los usuarios, deberes y derechos de éstos, sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que atiendan el servicio y la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades prestadoras de dichos servicios.

Así mismo, en el artículo 370, la Carta atribuye al Presidente de la República la función de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y el ejercicio, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del control, la vigilancia e inspección de las entidades que los presten, todo ello con sujeción a la ley.

### B. LEY 142 DE 1994, RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En desarrollo de lo preceptuado en las disposiciones constitucionales citadas, se expidió la ley 142 de 1994 por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, que de acuerdo con lo previsto en ella son: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. (Arts. 1o. y 14 num. 21).

La consulta se refiere a los servicios aludidos en el numeral 1 del artículo 5o. de esta ley cuya prestación es competencia de los municipios; éstos la ejercerán con sujeción a la ley y a los reglamentos que, con base en ella, expidan los concejos. La norma exceptúa los de distribución de gas combustible y telefonía local móvil en el sector rural, de los relacionados en el artículo 14-21.

El artículo 6o. de la ley 142 citada establece los casos en que los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia y dentro de ellos señala, en los numerales 1 y 2, los eventos en que no obstante formular invitación pública a las Empresas de Servicios Públicos, o a otros municipios, al departamento del cual hacen parte, a la Nación y demás personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que los preste, no se presente empresa alguna que ofrezca hacerlo o no se de una respuesta adecuada. La Sala analizará lo relativo a la invitación pública, más adelante, al tratar el proceso de selección del socio privado.

Al fijar la naturaleza de las empresas de servicios públicos esa misma ley dispuso que éstas son sociedades por acciones (art. 17) y como lo expresó esta Sala en Consulta 1066 del 18 de diciembre de 1997 "La Ley 142 de 1994 ¿ 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% (arts. 14, nums. 5 y 6, y 17)".

En el párrafo del artículo 18 la ley dispuso que "Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en Empresas de Servicios Públicos. ¿" (Resalta la Sala). De ello se desprende una autorización legal para su participación como

socias en empresas de servicios públicos, pudiendo ser aquellas oficiales, privadas o mixtas. (art. 10 Ley 142 de 1994).

El contenido de las disposiciones citadas reitera el querer del constituyente de 1991 en el sentido de que los servicios públicos puedan ser prestados directamente por el Estado, o indirectamente a través de sociedades de economía mixta -para el caso empresas de servicios públicos mixta- o empresas privadas. Si un municipio no va a prestar directamente los servicios públicos domiciliarios debe, en principio, formular una invitación pública, bien sea para que una empresa de servicios públicos lo haga o bien para constituir una nueva empresa.

### C. CREACIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA Y EMPRESAS PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 97 de la ley 489 de 1998 las Sociedades de Economía Mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado. Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas de aquella o éstas, sea igual o superior al 50%. (art. 14-6 ley 142 de 1994).

De acuerdo con lo estatuido en la ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos privadas son aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares o a las entidades surgidas de convenios internacionales, su naturaleza es la de sociedades por acciones (arts. 14, num.7 y 17) y su régimen jurídico así como el de sus actos, incluido el de constitución de las mismas, es el señalado en los artículos 19 y 32 de la ley mencionada.

#### C.1. Constitución de las sociedades

La constitución de una sociedad de economía mixta requiere, primero, una ley, ordenanza o acuerdo que la cree o autorice y, segundo, el contrato de sociedad propiamente dicho.

Como ya se mencionó, las sociedades de economía mixta se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales y se sujetan a las reglas del derecho privado (art. 97, ley 489/98; art.461 C. de Co.), lo cual guarda armonía con lo preceptuado en el artículo 32 de la ley 142 de 1994 que prevé que la constitución de las empresas de servicios públicos se rige exclusivamente por las normas de derecho privado, salvo que la Carta o la misma ley dispongan expresamente lo contrario.

En el tema materia de estudio, conformación de una empresa de servicios públicos mixta, según lo expuesto sobre la constitución de una sociedad de este tipo la misma se rige por las normas de derecho privado y para ello se hace necesario la autorización legal que, en este caso, será la del concejo municipal (art. 313 num.6 C.N.) y la suscripción del respectivo contrato de sociedad, que se ciñe a las normas del Código de Comercio y requiere, por consiguiente, la solemnidad de escritura pública y el registro de ésta en la Cámara de Comercio del domicilio de la sede social. (arts. 110 y 111 C. de Co.).

Para que el contrato de sociedad sea válido se exigen como requisitos de fondo: a) respecto de cada uno de los asociados, capacidad legal y consentimiento, b) en cuanto a las obligaciones que se contraen, objeto y causa lícita. (art. 101 C. de Co.).

Las condiciones esenciales para la existencia de toda sociedad son: a) el acuerdo de voluntades en torno de la realización de una actividad económica, b) el objeto de dicha actividad será la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o la prestación de servicios a través de uno o más establecimientos, c) la obligación de cada asociado de aportar dinero, trabajo u otros bienes apreciables en dinero y d) el reparto de utilidades a los asociados. (art. 98 C. de Co.).

Del contenido de las normas citadas no se infiere que el legislador haya previsto la existencia de causal alguna de inhabilidad, incompatibilidad o impedimentos específicos para la creación de una sociedad; tan solo establece la exigencia de los requisitos de fondo y las condiciones esenciales para el acto constitutivo de ella.

#### C.2. Enajenación de la propiedad accionaria

La ley 226 de 1995, por medio de la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, prescribe: a) "Campo de aplicación. La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa". (art.1o. inciso 1o.) b) "Democratización. Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. La ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria". (art. 2o.). (Resaltado por la Sala).

De acuerdo con la interpretación dada por la ley 226 al artículo 60 de la Constitución Nacional, se entiende que cuando el Estado -en este caso municipio- enajene propiedad accionaria, deberá adoptar las medidas conducentes para democratizar la titularidad de sus acciones y por tanto las ofrecerá en forma preferente, según lo dispuesto en el artículo 3o. de la citada ley, a los trabajadores, a las organizaciones solidarias (cooperativas, asociaciones y juntas) y a las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones).

Lo consignado en la ley mencionada concuerda con lo señalado por el parágrafo del artículo 18 de la ley 142 de 1994, que advierte que todas las personas jurídicas podrán acceder a la participación en el capital social de cualquier empresa de servicios públicos. Esto es, que además de las personas señaladas en el párrafo anterior, también tienen la posibilidad de conformar este tipo de empresas, entidades tales como las

sociedades mercantiles, los consorcios y las uniones temporales. Estas dos últimas, consorcios y uniones temporales, son figuras en virtud de las cuales varias personas naturales o jurídicas se unen, como forma de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos. A aquellos, el Estatuto de Contratación Administrativa les otorgó capacidad para contratar.

#### D. PROCESO DE SELECCIÓN DEL SOCIO PRIVADO

La ley 142 de 1994 en el artículo 6o. numeral 2, al señalar las posibilidades que tienen los municipios de organizar una Empresa de Servicios Públicos, estipula la invitación pública como el mecanismo para convocar a otros municipios, al departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para la creación de una empresa de ese tipo; sin embargo, la figura de invitación pública no fue desarrollada por la ley.

No obstante, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico mediante Resolución 03 del 8 de junio de 1995, al reglamentar los procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes señaló en el parágrafo del artículo 3o. que "El procedimiento establecido en este artículo, acompañado de invitación hecha por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad, a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a municipios, al departamento del cual haga parte, a la Nación o a otras personas públicas o privadas, en el orden establecido en la ley 142 de 1994, y de una publicación en periódico de amplia circulación en la zona, dirigida a las personas antes enunciadas, constituyen la invitación pública de que trata el artículo 6o. de dicha ley". (Destaca la Sala).

La anterior reglamentación fue expedida con fundamento en lo preceptuado en la ley 142 ya citada, la cual establece que las entidades prestadoras de servicios públicos estarán sujetas, en lo que no sea incompatible con la Constitución y la ley, a lo que aquella disponga y en especial a las regulaciones de las Comisiones (art. 3 inc. final). Éstas se encuentran facultadas para exigir, por vía general, que algunos de los contratos se celebren previa licitación pública o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes (art. 35).

Como la ley, la Superintendencia de Servicios Públicos y las demás Comisiones Reguladoras no han expedido reglamentación sobre lo que debe interpretarse como invitación pública, la Sala estima que, si bien es cierto el ámbito de aplicación de la referida resolución se circunscribe a las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, la reglamentación expedida en tal sentido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico puede servir de guía para el desarrollo del proceso de selección de socios privados en los otros servicios públicos.

Comoquiera que el artículo 6o. -numeral 1- de la ley 142 también establece la figura de la invitación pública para efectos de que una empresa ya constituida se encargue de prestar los servicios públicos domiciliarios, considera la Sala que, sea el municipio prestador directo o no de los referidos servicios el procedimiento que debe seguir para la selección del socio privado es el previsto en la ley 142 de 1994, esto es, el de invitación pública y ésta puede ceñirse a los términos señalados en la Resolución 03 de 1995 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mientras la respectiva Comisión no dicte reglamentación concreta para su área de actividad.

#### E. RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

En materia de inhabilidades e incompatibilidades la ley 142 de 1994 advierte que no pueden adquirir partes del capital de las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una Empresa de Servicios Públicos, los funcionarios de elección popular, los miembros o empleados de las Comisiones de Regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, o en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos vínculos conyugales, de unión o de parentesco. (art. 44 num.3).

El artículo 66 de la ley de Servicios Públicos consagra otra inhabilidad e incompatibilidad para ser socio de las Empresas de Servicios Públicos que desarrollen sus actividades en el respectivo municipio y es la relacionada con las personas que cumplen la función de Vocales de los Comités de Desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, sus cónyuges y compañeros permanentes y sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, así como quienes sean sus socios en sociedades de personas.

En consecuencia los municipios -sean prestadores o no de servicios públicos- que formulen invitación pública para seleccionar un socio privado, en materia de inhabilidades e incompatibilidades sólo se rigen por lo dispuesto en los artículos 44-3 y 66 de la ley 142 de 1994. En ellos no se advierte el caso planteado en la consulta, es decir, el que una persona se presente dos veces en el mismo proceso de selección bajo las figuras del consorcio o unión temporal.

#### F. CONTINUIDAD DEL SERVICIO

Si llegare a encontrarse un vicio en el proceso de selección del socio, por parte de la administración, ésta debe asegurar la continuidad del servicio por cuanto los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado y es deber del mismo asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio.

La ley 142 de 1994 en su artículo 61 exige la continuidad del servicio en el caso de configurarse una causal de disolución por voluntad de los socios, o por decisión de la Superintendencia de Servicios Públicos, caso en cual, "el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio".

En la situación que se plantea en la pregunta número cuatro, si durante el proceso de selección surgió alguna situación que viciara el procedimiento y por consiguiente la prestación del servicio se viera afectada, aunque en la norma citada la ley estipula como origen de dicha

afectación la disolución de la sociedad, sus efectos, estima la Sala, podrían aplicarse en este caso y, en consecuencia, la autoridad competente, alcalde del municipio, (art.315-3 C.N.) de acuerdo con el mandato del mismo artículo 61 citado "¿ procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de Servicios Públicos, o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la prestación del servicio?"; lo anterior en armonía con el artículo 6o. de la ley 142 que consagra la competencia de los municipios para la prestación directa de los servicios públicos.

**II. SE RESPONDE**

1. El régimen jurídico aplicable al proceso de selección de un socio privado por parte de un municipio interesado en constituir una empresa para la prestación de servicios públicos, independientemente de la participación de éste en aquélla, bien sea menor, igual o superior al 50%, será el preceptuado en la ley 142 de 1994, esto es, mediante la modalidad de invitación pública. La constitución de la sociedad se sujetará a las normas del Código de Comercio y a las que, en la citada ley 142, regulan la materia.

2. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a las personas naturales o jurídicas, consorcios o uniones temporales, interesados en actuar como socios de un municipio para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es el contenido en los artículos 44.3 y 66 de la ley 142 de 1994.

3. La participación de una misma persona natural o jurídica como integrante de más de un consorcio o unión temporal interesado en ser socio del municipio en una empresa de servicios públicos mixta no está contemplada como causal de inhabilidad o incompatibilidad en las normas que regulan la materia y, por consiguiente, no constituye, en criterio de la Sala, un vicio en la selección del socio privado.

4. En el evento de que en el proceso de selección del socio privado se haya presentado un vicio que afecte la constitución de la nueva empresa, el municipio podrá proceder a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de servicios públicos, o asumir directamente en forma total o parcial las actividades que se requieran para asegurar la continuidad en la prestación del servicio.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

JAVIER HENAO HIDRON

Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2024-11-24 14:32:18