

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “D”

MAG. PONENTE: **Dra. YOLANDA GARCÍA DE CARVAJALINO**

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil trece (2013)

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Expediente: 11001-33-35-021-2012-00334-01
Demandante: ORLANDO PARADA DÍAZ
**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES
 DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y OTROS**
Asunto: ACCEDE PRETENSIONES

=====

Se decide la demanda promovida en ejercicio de la acción de cumplimiento propuesta por Orlando Parada Díaz identificado con la C.C. 79.443.205 contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (E.T.B.).

I. ANTECEDENTES

Considera la parte actora que se está incumpliendo con el mandato contenido en el numeral 17 del artículo 12 del Decreto No. 1421 de 1993, y solicita ordenarle a las entidades demandadas que se abstengan de adelantar el proceso de endeudamiento sin que

previamente haya obtenido la autorización correspondiente por parte del Concejo de Bogotá para el efecto.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones la parte demandante narró los siguientes

HECHOS

1. Dentro del debate de control político realizado en la Plenaria del Concejo de Bogotá, el gerente de la E.T.B, corroboró informaciones de prensa acerca de que dicha entidad se encontraba tramitando un endeudamiento, con base en las autorizaciones de la asamblea extraordinaria de accionistas de la empresa, por valor de seiscientos millones de dólares (US\$600.000.000,00), ante lo cual el actor manifestó verbalmente que el cupo de endeudamiento debe tramitarse a través del Concejo de Bogotá.

2. De conformidad con lo anterior, el actor solicitó información al respecto al ministro de Hacienda y Crédito Público.

3. Mediante comunicación No. 2-2012-03320 de 11 de septiembre de 2012, la Subdirección de Financiamiento de Mercado de Capitales Externos de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó al demandante que hasta ese momento no se había otorgado autorización a la E.T.B para iniciar gestiones en relación con la emisión de instrumentos de deuda en el mercado internacional toda vez que la mencionada empresa no había remitido constancia de que contaba con un cupo de endeudamiento debidamente autorizado por el Concejo Distrital, en atención a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 12 del Decreto-Ley 1421 de 1993.

4. El Estatuto Orgánico de Bogotá contenido en el Decreto 1421 de 1993, señala como función del Concejo de la ciudad, autorizar el

cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas.

5. El 3 de septiembre de 2012 el señor Orlando Parada Díaz solicitó al Gerente de la E.T.B que el procedimiento de autorización del cupo legal de endeudamiento se llevará ante el Concejo de Bogotá.

6. Frente a la anterior solicitud, la entidad contestó en el sentido que la mentada empresa de telecomunicaciones no está sujeta al Estatuto Orgánico de Presupuesto Distrital ni a las normas vigentes sobre crédito público.

7. La Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E.S.P., hace parte de la estructura administrativa del Distrito Capital, como entidad descentralizada.

8. El gerente de la E.T.B. ha sido renuente a dar cumplimiento al Decreto 1421 de 1993 y ha adelantado procedimientos frente al cupo de endeudamiento por fuera de lo establecido en la ley que rige la materia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Alcaldía Mayor de Bogotá. Mediante apoderado judicial contestó la demanda (fls. 27 a 30), con oponiéndose a las pretensiones de la misma, señalando que la E.T.B., es una entidad descentralizada con autonomía cuya representación no recae en el Alcalde Mayor de Bogotá, en ese contexto, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sin perjuicio de lo anterior, adujo que mediante la Resolución 3000 de 2012 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó a la E.T.B. para el inicio de gestiones conducentes a la emisión de

bonos y a través de la Resolución 4164 de 2012 el mentado Ministerio le autorizó la emisión de bonos.

Finalmente manifestó que la E.T.B es la entidad llamada a responder por tener personería jurídica y autonomía patrimonial y no la Alcaldía Mayor de Bogotá motivo por el cual las pretensiones de la acción no pueden prosperar frente a esta última.

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual arguyó que adelantó un proceso de emisión y colocación de bonos, como consecuencia de la aprobación obtenida por la asamblea extraordinaria de accionistas llevada a cabo el 9 de mayo de 2012, para ello solicitó concepto al Departamento Nacional de Planeación sobre la viabilidad de la emisión de bonos en el mercado internacional hasta por USD \$600.000.000.00, el cual fue emitido a través de la comunicación SC 20122300646191 de 22 de agosto de 2012 y solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorización para el inicio de gestiones de la emisión, el cual fue avalado mediante la Resolución No. 3000 de 8 de octubre de 2012.

Manifestó que las empresas de servicios públicos como la E.T.B. hacen parte del sector descentralizado por servicios, con régimen jurídico especial incluidas en el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, razón por la cual no puede ser asimilada a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ni a las Sociedades de Economía Mixta, por tanto, la E.T.B está sujeta a las disposiciones contenidas en la Ley 1450 de 2011 y a las normas sobre crédito público externo establecidas en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 20 del Decreto Reglamentario 2681 de 1993, normas que le imponen la obligación de solicitar concepto favorable ante el Departamento Nacional de

Planeación y autorización ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando se pretenda realizar una emisión y colocación de bonos en el mercado internacional.

Señaló que si bien el Decreto Ley 1421 de 1993 establece de manera genérica que el Concejo de Bogotá es la autoridad encargada de autorizar el cupo de endeudamiento de las entidades descentralizadas, sin distinguir entre ellas los diferentes regímenes posibles, lo cierto es que existen principios derivados de la ley orgánica del presupuesto que obligan a diferenciar el régimen de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Mixtas en consideración a que su régimen sea asimilable o no al establecido para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Argumentó que un principio presupuestal en Colombia es la autonomía presupuestal y administrativa de las Sociedades de Economía Mixta y de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Mixtas que no se asimilan a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por tanto, el Concejo Distrital de Bogotá no puede atribuirse un control presupuestal de las empresas descentralizadas que por definición de la ley orgánica cuentan con la mencionada autonomía.

Agregó que las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas donde el Estado tenga una participación inferior al 90% del capital social no estaban sujetas a las disposiciones del Decreto 714 de 1996 sobre cupo de endeudamiento ni al Decreto Reglamentario 390 de 2008 que a través del artículo 2o excluyó de su ámbito de cobertura a las empresas que no se asimilen a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como sucede con la E.T.B.

Finalmente propuso las excepciones de (i) improcedencia de la acción de cumplimiento, toda vez que no se probó la constitución en renuencia de la entidad; (ii) inaplicabilidad de las normas invocadas y; (iii) la innominada, como quiera que el juez en transcurso del proceso puede declarar de oficio las excepciones que encuentre debidamente acreditadas.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. A través de apoderado el Ministerio contestó la demanda (fls. 143 a 149) y frente a los hechos y las pretensiones en ella contenidos precisó que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que posean un capital social con un porcentaje menor al 90% del capital público, como es el caso de la E.T.B., no son asimilables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por tanto, no se rigen bajo los mismos preceptos del régimen presupuestal y su endeudamiento se encuentra circunscrito a los límites dispuestos en su presupuesto y no requiere de la autorización señalada en el numeral 17 del artículo 12 del Decreto-Ley 1421 de 1993.

Por otra parte, indicó que de conformidad con lo señalado en el numeral 16 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 el conocimiento de la presente acción, por tener vinculada a una entidad de orden nacional como lo es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debe ser conocida por los Tribunales Administrativos en primera instancia y no por el Juzgado 21.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la entidad propuso como excepciones (i) la falta de competencia funcional del juzgado para conocer de la presente acción e (ii) improcedencia del numeral 17 del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993 frente al endeudamiento de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

La nulidad de la sentencia de primera instancia. Estando para decidir la apelación se encontró que la presente acción por tener vinculada a una entidad del orden nacional como lo es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe ser conocida por los Tribunales Administrativos en primera instancia Y EN SEGUNDA INSTANCIA POR EL Consejo de Estado, por lo que mediante auto calendado marzo cinco (5) de la presente anualidad (Fls. 252 a 256) dejó sin efecto la sentencia proferida el 1º de febrero de 2013 por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá (fls. 211 a 235), ordenando a su vez mantener como válidas las demás actuaciones surtidas dentro del proceso, auto este que se encuentra en firme.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponde previa las siguientes

II. CONSIDERACIONES

Las excepciones. Previo a resolver el caso sometido a estudio, se analizaran las excepciones propuestas, así:

- a) La Alcaldía Distrital presentó la excepción de falta de legitimidad en la causa fundamentada en el hecho de considerar que *“la entidad pertenece al sector central, con personería jurídica, autonomía presupuestal, administrativa y contractual, conforme a la organización realizada en el Decreto 1421 de 1993, entidad totalmente independiente de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá- ETB, que según la organización anterior, quedó establecida como una sociedad comercial por acciones constituida como una empresa de servicios públicos mixtos, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 numeral 14.6 de la Ley 142 de 1994 y la Ley 1341 de 2009, sociedad que tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal y, que es la llamada a responder en este juicio directamente.* Sobre este tópico en efecto se observa que el Distrito Capital representada por el Alcalde Mayor no es la entidad responsable de dar cumplimiento al artículo 17 del

Decreto 1421 de 1993, además se observa en forma oficiosa por parte de la Sala que frente a la Alcaldía Mayor no se agotó el requisito de la renuencia por consiguiente, se inhibirá en la parte resolutive de fallar contra esta entidad.

- b) La ETB a su vez propuso la improcedencia de la acción de cumplimiento por considerar que no se demostró el requisito de procedibilidad de la acción en cuanto a la constitución de **renuencia**. Sin embargo, se tiene que el requisito de la constitución en renuencia de la E.T.B. frente al cumplimiento de la norma invocada como incumplida fue agotado a través de las peticiones elevadas por el actor, así: (i) ante la E.T.B., el 3 de septiembre de 2012 (Fls. 15 y 16) que fue respondida desfavorablemente mediante el oficio No. 02-ETB-347-12 de 17 de septiembre de 2012 (fls. 8 a 12) y (ii) ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 30 de agosto de 2012 (Fls 17 y 18) el cual fue respondido el día 11 de septiembre de 2012 (Fl. 19) en el sentido de manifestar que la autorización para el cupo de endeudamiento no se ha otorgado a la ETB debido a que dicha empresa no ha remitido la certificación en la que conste que cuenta con un cupo de endeudamiento debidamente autorizado por el Concejo Distrital, de conformidad con el numeral 17 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993.

Frente a las demás excepciones planteadas por contener medios de defensa que ataca la pretensión se fallaran con el fondo del asunto.

El material probatorio relevante. Este material, en lo pertinente, da cuenta de la situación respecto de los supuestos fácticos a los cuales se refiere la presente acción, en tal virtud, se destacan:

1. El actor elevó petición ante la Empresa de Teléfonos de Bogotá – ETB – el 30 de agosto de 2012 en la cual solicitó el cumplimiento del numeral 17 del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993 (estatuto orgánico de Bogotá) referente a la autorización del cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas (fls. 15 y 16).
2. A través del oficio 02-ETB-347-12 de 17 de septiembre de 2012 la E.T.B., contestó la anterior petición en el sentido de negarse a dar cumplimiento a la normatividad solicitada por el actor por considerar que esta entidad se encuentra excluida de la aplicación del Estatuto Orgánico de Presupuesto Distrital (fls. 8 a 12).
3. Mediante Oficio de 30 de agosto de 2013 el actor puso en conocimiento al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la solicitud de cumplimiento anteriormente señalada y, le solicitó información acerca de cualquier determinación que se tome dentro del trámite del cupo de endeudamiento adelantado por la E.T.B.
4. Por medio del Oficio 2-2012-033203 de 11 de septiembre de 2012 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respondió la anterior petición en el sentido de informarle al señor Orlando Parada Díaz que hasta ese momento no se había dado autorización a la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P para iniciar gestiones en relación con la emisión y colocación de instrumentos de deuda en el mercado internacional como quiera que la empresa no había remitido una certificación en la que conste que cuenta con un cupo de endeudamiento debidamente autorizado por el Concejo Distrital (fl. 9).
5. Copia del Acta No. 33 de la asamblea extraordinaria de accionistas de la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

celebrada el 9 de mayo de 2012 a través de la cual se presentó y aprobó el endeudamiento. (fls. 57 a 65).

6. Copia del Acta No. 228 de 3 de mayo de 2009, por la cual la Junta Directiva de la E.T.B. convocó a asamblea extraordinaria de accionistas (fls. 66 a 71).

7. Copia de la Resolución 3000 de 8 de octubre de 2012 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la cual se autorizó a la E.T.B. para gestionar la emisión y colocación de bonos en el mercado internacional de capitales, hasta por la suma de seiscientos millones de dólares (fls. 74 a 76).

8. Mediante la Resolución 4164 de 28 de diciembre de 2012 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó a la E.T.B. suscribir, emitir y colocar bonos de deuda pública externa en los mercados internacionales de capitales hasta por la suma de seiscientos millones de dólares (fls. 77 a 81).

9. Por medio del Oficio No. SC-20122300646191 de 22 de agosto de 2012, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) conceptuó favorablemente la emisión de bonos o instrumentos de deuda por parte de la E.T.B hasta por seiscientos millones de dólares (fls. 82 y 83).

10. Certificado de Existencia y Representación legal de la empresa de Telecomunicaciones de Colombia S.A. E.S.P. (fls. 87 a 111 vltto.).

11. Certificado de la composición accionaria de la E.T.B. suscrito por el secretario general de la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P y expedido el 28 de enero de 2013 (fl. 163).

12. Estatutos sociales de la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (fls. 164 a 209).

El problema jurídico. En el presente asunto la discusión gira en torno a establecer si la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) está o no sujeta al cumplimiento del numeral 17 del artículo 12 del Decreto-Ley 1421 de 1993 para lo cual la Sala seguirá el siguiente derrotero en su análisis: (i) La naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá; (ii) Normatividad aplicable en materia de crédito público para las empresas de servicios públicos mixtas y; (iii) Norma cuyo cumplimiento solicita el actor frente a los postulados contenidos en la Ley 393 de 1993.

(i) La naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. El artículo 365 de la Carta Política señala que la prestación de los servicios públicos es una finalidad del Estado, y por ese motivo es su obligación garantizarla y ejercer los controles a que haya lugar.

Por otra parte, el régimen jurídico de los servicios públicos, sus competencias y responsabilidades en su prestación fueron fijados por el legislador a través de la Ley 142 de 1994 por expreso mandato del artículo 367 constitucional.

Ahora bien, la mencionada Ley 142 estableció las categorías de empresas de servicios públicos en consideración a su composición de capital, al respecto el artículo 14 dispone:

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

(...)

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

14.6. **Empresa de servicios públicos mixta.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

En relación con el régimen jurídico de este tipo de entidades la Corte Constitucional en sentencia **C-736 de 2007** recopiló los diferentes pronunciamientos de esta Corporación y sobre el particular manifestó:

“El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias. De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios.

El nombre de la empresa deberá estar seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "ESP" y su duración podrá ser indefinida (Artículo 19.2., Ley 142 de 1994). En ellas pueden participar como socias otras empresas de servicios públicos, empresas que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, dependiendo de la oferta del bien o servicio en el mercado.” (negrillas sostenidas del original).

En la misma oportunidad la Corte determinó que las empresas de servicios públicos mixtas en las que haya cualquier porcentaje de participación pública son entidades descentralizadas y constitucionalmente forman parte de la Rama Ejecutiva con la

aclaración que a pesar de ser una entidad descentralizada su régimen jurídico es especial (Ley 142 de 1994), de acuerdo con el siguiente análisis jurídico:

“Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.”

Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.” (subraya la Sala).

A la vez el Consejo de Estado sobre este tópico consideró:

“En cuanto a la naturaleza de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, esta Corporación ha sostenido, en esencia, dos posiciones: una considera que estas sociedades no forman parte de la estructura del Estado y otra, *contrario sensu*, considera que sí forman la integran. La primera posición se sostuvo, básicamente, con apoyo en tres argumentos: i) que no están incluidas en la Ley 489 de 1998; ii) que las mismas conforman un tipo societario especial; y iii) que son entidades privadas. Atendiendo los efectos que se derivan del decisorio de la referida sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, en los términos expresa y precisamente definidos en los transcritos apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, únicamente podrán tenerse como empresas de servicios públicos mixtas aquellas en cuyo capital los aportes de origen estatal sean iguales o superiores al 50%, mientras que deberán tenerse como empresas de servicios públicos privadas aquellas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a particulares”¹. (Subrayas fuera de texto)

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. CP. Dr. Gustavo Aponte Santos. Septiembre 25 de 2003. Radicación No. 1.523

De lo anterior en forma palmaria se deduce que la ETB es una empresa de servicios públicos de naturaleza mixta descentralizada del orden distrital.

(ii) Normatividad aplicable en materia de crédito público para las empresas de servicios públicos mixtas. Cabe resaltar que, en cuanto a crédito público externo se refiere, este tipo de entidades se han sometido a diferentes regulaciones, en el siguiente orden:

1) En un primer momento, con la expedición de la Ley 142 de 1994 se consideró a las empresas prestadoras de servicios públicos como entidades de carácter especial descentralizadas y vinculadas a la rama ejecutiva del Estado, por tanto, se daba aplicación a lo dispuesto en el Decreto 2681 de 1993 en el ámbito de crédito público de orden distrital así como a la normatividad contenida en el Decreto-Ley 1421 de 1993 relativa a la autorización del cupo de endeudamiento cuando se trataré de entes descentralizados.

2) En atención a las particularidades de esta categoría de entidades se expidió la Ley 781 de 2002 cuyo artículo 6º disponía:

"Artículo 6. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 para otros actos y contratos, la gestión y celebración de los actos y contratos de que trata el Decreto 2681 de 1993 y demás normas concordantes por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento de su capital social, se sujetarán a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo." (Subrayas fuera de texto)

La mencionada norma mantuvo a las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas dentro de la órbita de aplicación de las

normas sobre crédito público relativas a las entidades descentralizadas.

3) Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009 por la cual se definen principios y conceptos sobre las sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de su artículo 55 se derogó el artículo 6° de la Ley 781 de 2002 y cambió el régimen de aplicable para las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas de la siguiente manera:

Ley 1341 de 2009

"ARTÍCULO 55. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado." (subrayas adicionales de la Sala).

La directriz normativa precedente determinó que el régimen jurídico relacionado con crédito público aplicable a las entidades como la E.T.B. era privado, motivo por el cual ya no debía atender al régimen dispuesto para las entidades de derecho público.

4) Finalmente, la **Ley 1450 de 2011**, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, -por ende, norma de mayor jerarquía que las anteriores- dispuso en el artículo 262 lo siguiente:

"**Artículo 262. Operaciones de crédito público de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones.** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 para otros actos y contratos, la gestión y celebración de los actos y contratos de que trata el Decreto 2681 de 1993 y demás normas

concordantes por parte de los **Proveedores de la Información y Comunicaciones que ostenten la naturaleza jurídica de la empresas de servicios públicos** oficiales y **mixtas**, así como de aquellas con participación directa o indirecta del estado superior al cincuenta por ciento de su capital social, **se sujetaran a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo.**" (Subrayas y negrillas adicionales de la Sala).

Esta norma debe prevalecer sobre las anteriores por ser de mayor jerarquía, posterior y de carácter especial para las operaciones de crédito público celebradas por parte de los Proveedores de la Información y Comunicaciones que ostenten la naturaleza jurídica oficiales y mixtas, así como las que tengan una participación del Estado superior al 50% como acontece con la ETB. Este artículo es claro al decir que para estas empresas los contratos a que hace referencia el Decreto 2681 de 1993, se sujetaran a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo, siendo pertinente determinar cuáles son los actos y contratos de que trata el citado **Decreto 2681 de 1993**, el cual señala:

Artículo 1º.- *Ámbito de aplicación.* El presente Decreto se aplica a las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones propias del manejo de la deuda pública y las conexas con las anteriores, de que trata el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que realicen las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la mencionada ley. (Subrayas fuera de texto).

A su vez el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 es del siguiente tenor:

Operaciones de Crédito Público. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores,

los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales. (Subrayas fuera de texto)

(...)

Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Establecido que se entiendo por crédito público se puede aseverar que la operación de endeudamiento de la ETB, autorizada por la asamblea extraordinaria de accionistas de la empresa, por valor de seiscientos millones de dólares (us\$600.000.000,00) para la emisión de bonos de deuda pública pertenece a esta clase de operaciones, por ende y, a las voces del artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, se repite, no con el fin de ser repetitivo, sino reiterativo, norma de mayor jerarquía que las leyes ordinarias, posterior y especial para las empresas de Telecomunicaciones oficiales y mixtas que celebren contratos de crédito público, esta operación se debe regir por las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del orden distrital para lo cual a continuación se analizará el régimen legal de Bogotá y a posteriormente las normas sobre crédito público que le sean aplicables.

Régimen legal de Bogotá, D. C. En este punto es importante destacar la naturaleza jurídica especial que rige a Bogotá toda vez que desde el preámbulo de nuestra Constitución se establece *"Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales"* y además, señala como fines esenciales *"Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"*.

El artículo 286 del mismo Ordenamiento Superior determina que "*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas*".

Así, respecto del Distrito Capital, el artículo 322 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2000, define su naturaleza jurídica en los siguientes términos:

"Bogotá, capital de la república y el (sic) departamento de Cundinamarca, se organiza como distrito capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito..."

A su vez la descentralización puede ser territorial o por servicios. La Corte Constitucional se ha referido a la descentralización por servicios territorial, de la siguiente manera:

La llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada. Por ello, el artículo 10. del Decreto 3130 se refiere a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, pues se trata de entidades que desarrollan una actividad específica, con autonomía financiera y administrativa y bajo el "control de tutela".²

En ese orden de ideas, el Distrito Capital de Bogotá es una entidad territorial que tiene un régimen especial y cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera independientes, elementos que le dan la capacidad jurídica de tener

² C. Const., Sent. C-497A, 3/11/94. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

derechos y adquirir obligaciones, ya sean éstas legales o de carácter contractual.

Ahora bien, con base en las facultades que le otorgaba el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, el presidente de la República expidió **el Decreto Ley 1421 de 1993 "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá"** (a partir del Acto Legislativo 01 de 2000 entiéndase Bogotá), que se constituye en su carta de navegación, al fijar los parámetros de su organización política, administrativa y fiscal.

Una vez definida la naturaleza jurídica del Distrito, se hará mención a los requisitos que la ley exige para adelantar la operación de crédito público.

Normas sobre crédito público aplicable al distrito. El Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*, que tiene por objeto *"disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales"*, entre ellas, el Distrito Capital.

El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"Parágrafo 2º.- Operaciones de Crédito Público. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales..."

Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las

operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación...

Las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa..."

La disposición anterior fue reglamentada mediante el Decreto Nacional **2681 de 1993** en cuyo artículo 3º define las operaciones de crédito público como *"los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago"* y adicionalmente, establece que son contratos de empréstitos *"los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago"* e indica, que *"Los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos"*.

Además de lo anterior, el artículo 10º de la disposición mencionada señala cuales son los requisitos que deben surtir para la celebración de contratos de empréstito por parte de las entidades territoriales así:

"Artículo 10º.- Empréstitos externos de entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas. La celebración de contratos de empréstito externo por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo 12 del presente Decreto, y por las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

a. Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y,

b. Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitivas".

(...)

Artículo 12.- *Empréstitos de entidades con participación estatal superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital. La celebración de contratos de empréstito por las entidades estatales con participación del Estado superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital, requerirá autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

Los anteriores son los requisitos formales que ha dispuesto el legislador para la celebración de los contratos de crédito público.

En cuanto al **Distrito Capital**, tenemos:

➤ **DECRETO LEY 1421 DE 1993**

Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley:

Artículo 12. No. 17. Autorizar el cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas. (norma cuyo cumplimiento se impera en este proceso).

➤ **Ley 714 de 1996 reglamentado por el Decreto 390 de 2008** "Por el cual se reglamentan los Acuerdos Orgánicos de Presupuesto 24 de 1995 y 20 de 1996, en materia de tesorería y crédito público y se dictan otras disposiciones"

(...)

Artículo 18°. Cupo de endeudamiento del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas.

En la determinación, ejecución y control del cupo de endeudamiento de que trata el artículo 63 del Acuerdo 24 de 1995, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a. El Concejo Distrital autorizará, mediante acuerdo, tanto el cupo de endeudamiento de la Administración Central del Distrito Capital como el de las entidades descentralizadas. Para este efecto fijará un monto global

para cada una de ellas que constituye la capacidad máxima de endeudamiento, y autorizará su utilización para una o más vigencias.

b. El cupo de endeudamiento puede ser utilizado mediante la realización de las diversas operaciones de crédito público y asimiladas autorizadas en la ley, de acuerdo con la evaluación económica y de conveniencia que realice el Gobierno Distrital y dando cumplimiento a las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (subrayas fuera de texto)

Como puede observarse, el Concejo Distrital previo a la tramitación de la operación de crédito público debe señalar y aprobar el cupo de endeudamiento de sus entidades descentralizadas, lo cual está en concordancia con el numeral 17 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 cuyo cumplimiento se impetra, toda vez que ninguna norma ha exencionado de su cumplimiento a las entidades descentralizadas de carácter mixta y donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete.

Esta misma posición se encuentra consignada en la comunicación No. 2-2012-03320 de 11 de septiembre de 2012, que la Subdirección de Financiamiento de Mercado de Capitales Externos de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la cual le informó al demandante que hasta ese momento no se había otorgado autorización a la E.T.B para iniciar gestiones en relación con la emisión de instrumentos de deuda en el mercado internacional toda vez que la mencionada empresa no había remitido constancia de que contaba con un cupo de endeudamiento debidamente autorizado por el Concejo Distrital, en atención a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 12 del Decreto-Ley 1421 de 1993. Nótese que en la respuesta no se dice que no se necesita dicha autorización sino que hasta el momento el Concejo no la ha autorizado.

Dicha comunicación es del siguiente tenor:

"De acuerdo a su comunicación radicada el 3 de septiembre de 2012, en la cual solicita que se le informe sobre cualquier determinación que se tome respecto al trámite del cupo de endeudamiento que se encuentra gestionando la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB- frente a esta entidad, me permito informarle que por el momento no se ha dado autorización a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P- ETB para iniciar gestiones en relación con la emisión y colocación de instrumentos de deuda en el mercado internacional. Lo anterior por cuanto, la empresa no ha remitido una certificación en la que conste que la compañía cuenta con un cupo de endeudamiento debidamente autorizado por el Concejo Distrital, de conformidad con el numeral 17 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993:

ARTÍCULO 12º. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital de conformidad con la Constitución y la ley:

(...)

17. Autorizar el cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas."

De la anterior respuesta en forma clara se infiere que la obligación de solicitar el cupo de endeudamiento al Concejo es de la ETB y no del Ministerio de Hacienda, entidad esta última lo que debe es verificar antes de autorizar para iniciar gestiones en relación con la emisión y colocación de instrumentos de deuda en el mercado internacional que dicho cupo se encuentre debidamente autorizado por el Concejo, por consiguiente se absolverá a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones de la acción.

Luego del recuento tanto jurisprudencial como normativo relativo al problema planteado, es del caso concluir que en efecto para poder realizar la operación de crédito público consistente en el endeudamiento externo por parte de la ETB, se necesita que previamente el Concejo Distrital autorice el cupo de endeudamiento de la mencionada entidad descentralizada toda vez que el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 señala que (i) para la gestión y celebración de los actos y contratos a que hace referencia el Decreto 2681 de 1993

que trata de operaciones de crédito público (ii) por parte de los Proveedores de la Información y Comunicaciones que (iii) ostenten la naturaleza jurídica de la empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del estado superior al cincuenta por ciento de su capital social, (iv) se sujetaran a **las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo** que son el Decreto Ley 1421 de 1993 que en su artículo 12 numeral 17 ordena que el Concejo debe autorizar el cupo de endeudamiento de sus entidades descentralizadas sin exencionar a las empresas mixtas prestadoras de servicios de telecomunicaciones al igual que la Ley 714 de 1996 reglamentado por el Decreto 390 de 2008 que a su vez reglamentan los Acuerdos Orgánicos de Presupuesto 24 de 1995 y 20 de 1996, en materia de tesorería y crédito público distrital.

En este orden de ideas surge en forma diáfana la obligación de la ETB darle cabal cumplimiento al artículo 12 numeral 17 del Decreto 1421 de 1993, estatuto orgánico de Bogotá, respecto a la solicitud que debe presentar ante el Concejo Distrital para fijar su cupo de endeudamiento previo a la celebración de la operación de crédito referida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

F A L L A:

ARTÍCULO PRIMERO. La Sala se INHIBE respecto a Bogotá Distrito Capital - Alcaldía Mayor de hacer pronunciamiento alguno por las razones expuesta en la parte motiva.

ARTICULO SEGUNDO. SE ACCEDE a las pretensiones de la acción de cumplimiento, instaurada por el doctor ORLANDO PARADA DÍAZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.443.205 de Bogotá, respecto a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, a la que se le ORDENA darle cabal cumplimiento al numeral 17 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 respecto a obtener autorización del cupo de endeudamiento por parte del Concejo Distrital previo a realizar la operación de crédito público por valor de seiscientos millones de dólares (US\$600.000.000) por las razones expuestas en esta providencia.

ARTÍCULO TERCERO. Se niega las pretensiones de la presente acción de cumplimiento respecto de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y envíese copia al Despacho de origen. Cúmplase.

Aprobado según consta en Acta de la fecha.



YOLANDA GARCÍA DE CARVAJALINO
Magistrada



LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA
Magistrado



SERVELEON PADILLA LINARES
Magistrado