

Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios



2.^a edición

Julio César Cárdenas Uribe



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios

Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE

2.^a edición

Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-58-2

ISBN edición impresa: 978-958-8968-59-9

- © JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE, 2017
 - © Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2017
- Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: OLENA MATVIEIEVA. *It should be protected in the world*, Referencia de la foto 7311141, Fotolia.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO PRIMERO	
LOS CONCEPTOS: SERVICIO PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO	21
I. Origen y evolución del concepto “servicio público”	21
A. La Escuela de Burdeos	22
B. La jurisprudencia francesa sobre los servicios públicos	
1. Fallo Blanco del 18 de febrero de 1873 (Tribunal de Conflictos)	27
2. Fallo Terrier de 6 de febrero de 1903 (Consejo de Estado)	28
3. Fallo Feutry del 29 de febrero de 1908 (Tribunal de Conflictos)	29
4. Otros fallos de importancia	30
C. Crisis del concepto clásico de servicio público	31
D. La nueva tendencia del servicio público	35
E. Los servicios públicos en Colombia	37
1. Evolución en Colombia a partir de la Constitución de 1886	38
2. Colombia a partir de la Constitución 1991: entre la garantía de la libertad económica privada y la intervención del Estado en la economía	39
a. Libertad económica e iniciativa privada	39
b. La intervención del Estado en la Economía	42
3. Las características del servicio público en Colombia	46

a.	Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado	46
b.	La prestación de los servicios públicos a los habitantes del territorio debe ser eficiente	48
c.	Los servicios públicos tendrán el régimen jurídico que fije la ley	49
d.	La regulación, control y vigilancia se encuentra en cabeza del Estado	50
e.	Eliminación de las barreras de entrada	51
f.	Concepto Constitucional de servicio público	52
g.	Definiciones legales de servicios públicos	54
II.	La interrelación de los conceptos servicio público y función administrativa	54
III.	Concepto de función administrativa y los criterios para determinarla	55
A.	Su definición a partir de los postulados Constitucionales	55
B.	Criterios para determinar la función administrativa	58
1.	Función administrativa desde el punto de vista orgánico o subjetivo	58
2.	La función administrativa desde el punto de vista funcional u objetivo	60
3.	La función administrativa desde el punto de vista de las prerrogativas públicas (puissance publique)	62
4.	Aplicación en Colombia de los criterios que determinan la función administrativa	65
IV.	La relación entre los conceptos servicio público y la función administrativa	66
A.	Las entidades prestadoras de servicios públicos y la función administrativa	66
B.	Jurisprudencia sobre las relaciones entre los Servicios Públicos y la función administrativa	69
1.	Jurisprudencia acerca de el servicio público como función administrativa	69
2.	Jurisprudencia que diferencia los conceptos servicio público y función administrativa. Tesis mixtas en el campo de los servicios públicos	73
3.	Los servicios públicos como función administrativa. ¿Un nuevo retorno?	77

Contenido

V. El concepto de Servicio Público Domiciliario	79
A. Aspectos constitucionales del servicio público domiciliario	79
B. Concepto de servicio público domiciliario	80
VI. Los servicios públicos domiciliarios según la Ley 142 de 1994	83
VII. Ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994	84
A. Los servicios públicos domiciliarios	85
B. A las actividades complementarias a los servicios públicos	86
C. Las entidades prestadoras de servicios públicos	86
VIII. Transformación en el sector de los servicios públicos	87
IX. Entidades que prestan los servicios públicos	90
A. Las empresas de servicios públicos	91
1. Empresa de servicios públicos oficial	92
2. Empresa de servicios públicos privada	93
3. Empresa de servicios públicos mixta	94
B. Las personas naturales o jurídicas que produzcan los bienes o servicios para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal	97
C. Los municipios como operadores de servicios públicos	98
D. Las organizaciones autorizadas conforme a la Ley 142 para prestar los servicios en municipios menores, en áreas rurales y en zonas urbanas específicas	100
E. Entidades que venían prestando el servicio en el periodo de transición	101
F. Las empresas industriales y comerciales del Estado que resultaron de la aplicación del párrafo 1.º del artículo 17 de la Ley 142	102
X. El concepto de entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios	102

CAPÍTULO SEGUNDO

EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES, OBRAS O SERVICIOS	105
I. La tipología de los contratos en el sector de los servicios públicos	105
II. Posibilidades negociales en el sector de los servicios públicos domiciliarios	105
A. Aspectos que se deben tener en cuenta para la prestación de los servicios públicos	108
B. Las formas negociales más comunes	109
III. Los contratos que celebran los prestadores de servicios públicos domiciliarios para la producción, transporte, distribución y comercialización de los bienes objeto del servicio	111
A. Marco general del régimen jurídico para este tipo de contratos	111
1. Un régimen general para todos los prestadores: derecho privado	111
2. Los contratos estatales especiales en la prestación de servicios públicos domiciliarios	118
3. Los actos administrativos, otro componente de derecho público en un régimen de derecho privado	130
B. El derecho común y las entidades prestadoras de servicios públicos	134
1. En cuanto a la selección del contratista	135
2. La aplicación del registro de proponentes	135
3. La aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades	137
4. En cuanto al perfeccionamiento del contrato	141
5. En cuanto a la tipología y las cláusulas contractuales	150
6. En cuanto a las obligaciones precontractuales	150
a. Negociaciones (contactos preliminares)	151
b. Oferta	151
c. La invitación a un concurso. La licitación	153
7. Los modos de extinción de las obligaciones	155
C. El juez del contrato	156
D. Modalidades de estos contratos	165

Contenido

E. Contratos que deben celebrarse por el procedimiento de licitación	167
1. Los casos previstos en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994	168
2. Las áreas exclusivas de servicios y los casos previstos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994	170
3. Los procedimientos que facilitan la concurrencia de oferentes	172
F. Contratos que deben contener cláusulas excepcionales	173
1. Las cláusulas excepcionales	174
a. Cláusula de terminación unilateral (art. 17 Ley 80 de 1993)	175
b. Cláusula de modificación unilateral (art. 16 Ley 80 de 1993)	175
c. Cláusula de interpretación unilateral (art. 15 Ley 80 de 1993)	176
d. Cláusula de caducidad	177
e. Reversión (art. 19 Ley 80 de 1993)	178
2. El caso de la cláusula penal y las multas	179
a. La cláusula penal	179
b. Las multas	181
c. Expedición de la Ley 1150 de 2007	183
3. Las cláusulas excepcionales en los servicios públicos domiciliarios	185
4. Casos en los cuales deben pactarse las cláusulas excepcionales por vía de disposición general	186
5. Casos en los cuales las cláusulas excepcionales pueden pactarse por solicitud de las entidades prestadoras de los servicios	187
6. Los efectos de pactar cláusulas excepcionales	188
7. El juez del contrato cuando se pactan las cláusulas	188
8. El fuero especial de atracción y los criterios de interpretación	189

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO -DESDE LA VINCULACIÓN DE TERCEROS Y CREACIÓN DE EMPRESAS, HASTA EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS-	191
I. Contratos para la constitución de las empresas de servicios públicos domiciliarios	191
A. El tipo de sociedad que debe constituirse	192
B. El régimen jurídico general aplicable a las empresas de servicios públicos	193
C. Las autorizaciones de las entidades públicas	193
D. La aplicación del artículo 18 de la Ley 142 de 1994	194
E. El número de socios	195
F. El nombre de la sociedad	196
G. El domicilio de la sociedad	196
H. Los aportes en la sociedad y el régimen de las acciones	196
I. La valoración de los aportes	197
J. Las autoridades societarias	197
K. La asamblea de socios	198
L. La junta directiva	198
M. La elección de los miembros de la junta directiva	199
N. Los organismos de control	199
1. Superintendencia de Servicios Públicos	199
2. Control disciplinario	201
a. Las empresas de servicios públicos oficiales	202
b. Las empresas de servicios públicos mixtas	203
c. Las empresas de servicios públicos privadas	205
3. Control fiscal. Contralorías	208
4. Control interno	212
5. Control ciudadano	214
O. La extinción de la sociedad	215
II. Reglas contractuales especiales que aplican las empresas de servicios públicos	215
III. Contratos a través de los cuales las entidades territoriales y las entidades oficiales buscan la vinculación de terceros en la gestión de los servicios públicos domiciliarios	216
A. El párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994	216
B. Los contratos de concesión para la utilización de recursos naturales	218

Contenido

1.	Contrato de concesión para la explotación del agua	219
2.	Concesión del espectro electromagnético	220
C.	El contrato de concesión o similares que realizan las entidades oficiales	221 221
D.	El contrato de administración	222
E.	Contratos que permiten a los terceros la expansión de la red	223
F.	Los contratos de conexión e interconexión	223
G.	Régimen jurídico	224
IV.	El contrato de servicios públicos	224
A.	Definición del contrato de servicios públicos	225
B.	Régimen legal del contrato de servicios públicos domiciliarios	226
C.	Características del contrato de servicios públicos	229
1.	Contrato bilateral	230
2.	Contrato oneroso	232
3.	Contratos reales, consensuales y solemnes	233
4.	Contratos libremente discutidos o de adhesión	235
5.	Contrato de condiciones uniformes	236
D.	Partes del contrato de servicios públicos	239
1.	Entidad proveedora de servicios públicos	239
2.	El suscriptor o el usuario	239
E.	Cláusulas no válidas	243
	CONSIDERACIONES FINALES	245
	BIBLIOGRAFÍA	249
	EL AUTOR	273

PRÓLOGO

El libro *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, que en esta oportunidad nos entrega JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE en segunda edición, es la obra madura de un autor que, por estudio y experiencia, bien sabe sobre qué discurre. No en vano es el producto de años de juiciosa dedicación a la vida académica, la consultoría y el ejercicio de altas responsabilidades en el Estado.

La obra está dividida en tres partes. La primera trata de los conceptos de servicio público y servicio público domiciliario. La segunda se ocupa del régimen contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos y la tercera de los contratos para la prestación del servicio público.

Inicialmente el lector se beneficiará de una ilustrativa excursión por las vicisitudes de los contratos administrativos y sus tempranos nexos con la noción de servicio público, desde sus orígenes en Francia, pasando por las contribuciones doctrinarias de los viejos maestros de la Escuela de Burdeos y las precursoras contribuciones de la jurisprudencia francesa, hasta llegar luego de conocidas vicisitudes a la moderna concepción de los contratos estatales, entre nosotros a partir de la Ley 80 de 1993. Se observará en esta evolución la progresiva colonización de la noción de contrato por parte del derecho público, que no ha estado exenta de dificultades prácticas y álgidas controversias doctrinarias, reseñadas oportunamente por el autor.

Como bien se sabe, la Constitución de 1991 convirtió los servicios públicos en un poderoso instrumento para la modernización y la transformación social de Colombia. Como bien destaca el autor, en esta perspectiva la jurisprudencia y la doctrina han decantado, a partir de la Constitución, las características contemporáneas de los servicios públicos: son inherentes a la finalidad social del Estado, la prestación debe ser eficiente, el régimen jurídico lo fija la ley, la regulación, con-

trol y vigilancia está a cargo del Estado, en especial por medio de las comisiones de regulación de servicios públicos y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las empresas prestadoras están obligadas a competir, los usuarios pagan tarifas que estén dentro de sus posibilidades económicas de acuerdo con el estrato socioeconómico al cual pertenecen, posibilitándose así la asignación de subsidios y el cobro de contribuciones.

Como parte de estos desarrollos los servicios públicos se han impregnado de los principios de la función administrativa, consagrados, entre otras disposiciones, en los artículos 209, 210 y 267 de la Constitución. Y algo semejante ha ocurrido con los contratos. Puesto que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, la sujeción de los respectivos contratos a los principios de la función administrativa ha suscitado situaciones complejas, sobre todo en cuanto se refiere a contratos celebrados por particulares.

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) dispone en el artículo 2.º que sus disposiciones se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público, a los órganos autónomos e independientes del Estado y “a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”. Y el artículo 104 agrega que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo en los que estén involucrados, además de las entidades públicas, “los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

En relación con estas reglas, que parecerían solucionar de manera pacífica la cuestión, observa CÁRDENAS Uribe

Este criterio [...] tiene una crítica importante: no se ha determinado con claridad cuándo nos encontramos frente a la función administrativa y no es claramente identificable su contenido. Con la vaguedad de este criterio, una actividad puede considerarse función administrativa y al mismo tiempo no serlo, utilizando tan solo la interpretación [...] En el caso de los particulares deberá existir por regla general una ley que permita al particular cumplir una función administrativa, se requiere que una norma haya determinado que la actividad que va a desarrollar el particular es propia de la administración.

La segunda parte de esta obra trata del régimen contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos para la adquisición de bienes, obras o servicios, y expone entre otros aspectos la tipología de los contratos en el sector de los servicios públicos y los contratos que celebran los prestadores de servicios públicos domiciliarios para la producción, transporte, distribución y comercialización de los bienes objeto del servicio.

La tercera y última parte describe los contratos para la prestación del servicio público, desde la vinculación de terceros y la creación de empresas, hasta el contrato de servicios públicos. Entre ellos los contratos para la constitución de las empresas de servicios públicos domiciliarios, las reglas contractuales especiales que aplican las empresas de servicios públicos, los contratos a través de los cuales las entidades territoriales y las entidades oficiales buscan la vinculación de terceros en la gestión de los servicios públicos domiciliarios y, finalmente, el contrato de servicios públicos con sus respectivas características.

Merecen atención las consideraciones con las cuales el autor da cierre a su obra. Observa, entre otras cuestiones, que en el estado actual de la legislación no hay certeza para saber qué derecho aplicar, si público o privado, ni en qué lugar demandar, si ante la jurisdicción contenciosa o la ordinaria. En efecto, señala CÁRDENAS URIBE, un contrato de las empresas estatales que prestan servicios públicos, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, debe someterse al derecho privado, pero por la Ley 1150 de 2007 deberá someterse también a los principios de la función Administrativa y la gestión fiscal “convirtiéndolo, por la puerta de atrás, en un contrato estatal, incluso si la participación del Estado es minoritaria”. Esta ambigüedad, concluye, “solo puede superarse con una nueva ley que, de manera clara y práctica, tenga como factor determinante la naturaleza jurídica de la empresa para establecer el régimen jurídico de la contratación”.

Muy recomendable viene a ser este libro, que por su buen estilo y su carácter analítico, polémico y propositivo, se sale de lo usual en tratados y manuales de derecho, que se limitan a relatar en prosa lo que la ley dice en verso.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia
Ex Consejero de Estado

INTRODUCCIÓN

Como lo sostuvimos en la primera edición de este texto, el tema de los servicios públicos domiciliarios se ha constituido en uno de los de mayor trascendencia en las relaciones económicas y sociales y por ello, se es hoy un desafío para el desarrollo actual del derecho. La necesidad de procurar mejores condiciones de vida de los administrados y la notoria incidencia de los servicios sobre el desarrollo de la sociedad nos lleva a concluir que ellos son un factor esencial para satisfacer las necesidades propias de una vida digna, aspiración de cualquier país en desarrollo.

Sin servicios públicos adecuados no será posible que los colombianos participemos del bienestar del desarrollo, como tampoco que el país pueda incursionar en condiciones de alta competitividad en el escenario de la apertura y de la globalización. La cobertura y la calidad del agua potable, del saneamiento básico, de la energía eléctrica y el gas combustible son servicios hoy esenciales para que una sociedad pueda en realidad predicarse desarrollada. Tanto por el bienestar social que representan, como por ser el soporte básico del desarrollo comercial e industrial de cualquier sociedad.

Los esfuerzos tanto legislativos como jurisprudenciales de hoy, nos llevan a concluir que es necesario elaborar una teoría a partir de la cual se desarrolle una doctrina propia del sector; es por eso que hemos emprendido la tarea de hacer un análisis detallado del tema del régimen contractual aplicable a estos servicios, en el cual pretendemos examinar las diferentes modalidades de contratos que se celebran en el sector, las características propias de cada una de las modalidades de los contratos, el juez competente para dirimir los conflictos y las posibilidades que hoy se han abierto para que las entidades territoriales busquen incorporar a particulares en la gestión de los servicios.

Las diferencias existentes entre cada uno de los servicios públicos domiciliarios hacen que la estructura de la industria propia de cada uno de ellos, sea en esencial diferente y por lo tanto, que las realidades en materia jurídica no sean las mismas en cada uno de los servicios. No obstante lo dicho, dado el alcance del presente trabajo, no haremos referencia a temas específicos de la contratación propia de cada uno de los sectores, sino que más bien nos ocuparemos de lo que se denominaría el régimen genérico contractual de los servicios públicos domiciliarios.

Lo que sí es muy importante advertir es que la búsqueda de transparencia por parte del Estado, ocurrido por las situaciones presentadas en el país en los últimos años, ha llevado a que la visión sobre los servicios públicos se dirija cada vez más hacia la regulación estatal, hacía el derecho público. Posiciones como las de determinar que las empresas de servicios públicos que tengan una participación del Estado, cualquiera que sea, hace que se conviertan de inmediato en entidades estatales, con todo lo que ello significa en la transformación de su naturaleza, es un ejemplo de ello. Siendo así, las empresas –al ser entidades estatales– estarán sometidas a mayores controles, como el disciplinario y el fiscal, y a convertir sus negocios jurídicos en contratos estatales.

Con el presente libro queremos llevar al lector a la visión más trascendente de los servicios públicos domiciliarios, aquella que considera que toda su estructura jurídico normativa debe estar orientada a que los servicios se presten de manera eficiente y eficaz, buscando siempre el bienestar de los usuarios.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONCEPTOS: SERVICIO PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO¹

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO “SERVICIO PÚBLICO”

El concepto servicio público, debatido con amplitud por la doctrina nacional e internacional, es uno de aquellos conceptos dentro del derecho administrativo, que más desarrollo ha tenido, desde constituirse en el fundamento sociológico y filosófico de la razón de ser del Estado, pasando por una crisis en su concepción, hasta llegar a convertirse en uno más de los fines del Estado.

Durante casi todo el siglo XIX se pretendió que el derecho público se aplicara a la administración pública, siempre y cuando actuara con autoridad o poder. Este es el primer escenario en el cual empezó a aparecer el derecho administrativo, aplicando una fórmula relativamente fácil.

De acuerdo con esta teoría, la administración pública realizaba dos clases de actos: unos de autoridad, con poder y otros de gestión, sin poder, como un particular cualquiera. De esta manera el derecho público, en especial el derecho administrativo, se aplicaría a la primera clase, mientras que los segundos quedarían sometidos al derecho privado.

Ese concepto entra en crisis por el creciente número de actividades que empieza a asumir el Estado, en las cuales no existe *imperium*, pero que satisfacen necesidades colectivas, en cuanto buscan el interés ge-

1 Texto elaborado a partir de la tesis de grado de maestría “Función administrativa y el servicio público en el derecho administrativo colombiano”, Bogotá, Externado, 2005, realizado en colaboración con VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE y LUIS MANUEL ESCOBAR.

neral. No siendo ya una actividad meramente de gestión privada, se convierte en una administración con contenido público, aunque tratándose de una actividad de gestión, no contaba con las prerrogativas que la ley otorgaba a aquellas actividades con *imperium*. Nace, así, una nueva teoría: la de los *servicios públicos*.

La idea de servicio público en sus inicios fue un concepto socio-político que surge de la concepción dual Estado-sociedad, propia de la Revolución Francesa². Varias instituciones del derecho administrativo moderno provienen del Antiguo Régimen, aunque no es este el caso de los servicios públicos que son una técnica institucional finalista, la cual solo se pudo haber dado a partir de una idea diferente del Estado que antes imperaba.

En el texto de JEAN JACQUES ROUSSEAU³, la expresión “servicio público” aparece referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos, constituyendo un concepto más bien político que abarca toda actividad estatal. En la medida en que el Estado se organiza, los asuntos públicos empiezan a prevalecer y a invadir la esfera privada; cuando el Estado empieza a prestar sus servicios, los particulares se desentienden de los asuntos que antes eran de su esfera: eran tareas privadas y prestados –ahora por el Estado– se convierten en públicas. Crece de esta forma el Estado, se expande para prestar servicios que los particulares no podrían procurarse.

Los servicios públicos son un asunto vinculado al interés general. La administración pública debe velar porque el ciudadano obtenga del Estado los servicios que –al ser considerado individualmente–, no podría obtener. De un Estado que dejaba hacer y dejaba pasar, se pasa a uno que es activo y que será el responsable de la prestación de unas nuevas acciones que, por el cambio de funciones, debe ahora realizar.

A. La Escuela de Burdeos

Fue la doctrina francesa la que inició la escuela de los servicios públicos con el profesor PIERRE MARIE NICOLAS LÉON DUGUIT⁴, quien inspiró una nueva teoría de Estado y de derecho constitucional a partir

2 1789-1799.

3 Ginebra, 28 de junio de 1712-Emenonville, Francia, 2 de julio de 1778.

4 Libourne, Francia, 4 de febrero de 1859-Burdeos, Francia, 18 de diciembre de 1928.

de postulados sociológicos, proponiendo que el Estado cumpla con unas finalidades esenciales para la colectividad: esto se realizaba con la prestación de los servicios públicos⁵.

DUGUIT crea una nueva concepción del Estado a partir de la crítica a la *puissance publique* (poder público), esto es, que reacciona de manera categórica contra la teoría del Estado-poder⁶, al considerar que los servicios públicos son los que fortalecen la idea de Estado: éste no es una estructura que detenta el poder, sino una estructura al servicio de sus asociados.

De esta concepción se desprenden grandes responsabilidades para los gobernantes: están sometidos a cumplir una gestión de acuerdo a las nuevas finalidades del Estado, cuales son las del servicio público. Ya el administrador público no es un agente de un poder soberano, sino que es gestor de un conjunto normativo con finalidades sociales

En su texto nos define servicio público como:

toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante⁷.

Los demás tratadistas importantes dentro de la teoría de los servicios públicos, en esa época, fueron administrativistas tales como GASTON JÈZE⁸, LOUIS ROLLAND⁹ y ROGER BONNARD¹⁰.

Bajo todos estos doctrinantes, se determina que los servicios públicos son todas aquellas actividades realizadas por los órganos públicos, tendientes a satisfacer necesidades colectivas. De la definición se desprenden dos partes, la primera es la relativa al elemento subjetivo de la definición, esto es, los órganos; y la segunda parte, que podemos

5 LEÓN DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.

6 LEÓN DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, 2.^a ed. española, Madrid, Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán, 1926; ÍD. *Les transformations du droit public*, JOSÉ G. ACUÑA (trad.), Madrid, Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán, 1913, p. 71.

7 *Ibíd.*, p. 73.

8 Toulouse, 2 de marzo de 1869-Deauville, 5 de agosto de 1953.

9 Bessé-sur-Braye, 24 de agosto de 1877-Paris, 2 de marzo de 1956.

10 1878-1944.

denominar material, que será la satisfacción de necesidades colectivas. De aquí deducimos que esta teoría es finalista o teleológica, que busca un fin y ese fin es el servicio público.

Será JÈZE, a través de sus estudios, quien instaura al servicio público como la razón de ser del derecho administrativo, convirtiéndolo en la piedra angular. La administración pública será entonces la gestora y responsable de los servicios públicos realizados por las personas e instrumentos puestos a su disposición y será, debido a esa circunstancia, por la que la administración pública requerirá de un régimen jurídico especial, ya que es aquélla la que ha de prestar los servicios públicos¹¹.

Para este profesor de la Escuela de Burdeos, el concepto de servicio público se halla íntimamente ligado a un procedimiento de derecho público. Cuando hablamos de servicio público, determinamos que existen unos agentes públicos (personas encargadas de prestar los servicios públicos), que van a satisfacer ciertas necesidades de interés general, de forma permanente y continua, por lo cual pueden aplicar un derecho especial (derecho público). En caso que el servicio tenga la connotación de privado, no cabría para este el derecho público, sino un derecho eminentemente privado.

Entonces, será de la órbita del derecho público la actividad de los agentes, los bienes utilizados para la prestación del servicio público, la responsabilidad administrativa y los actos expedidos, y tendrá –además– una jurisdicción especial para juzgarlos que será la contencioso administrativa.

La regla que se crea en la escuela de Burdeos es la siguiente:

Servicio público (prestado por un órgano estatal) → derecho público → jurisdicción contencioso administrativa.

Con este criterio material de la administración pública, se aclararon las confusiones en las que se incurría a mediados del siglo XIX entre los actos de autoridad y los actos de gestión, cuando apareció la gestión pública¹² y no podían utilizarse los actos de imperio. Es decir, se determinó que cuando la administración pública gestionara servicios

11 GASTÓN JÈZE. *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1933; íd. *Les principes généraux du droit administratif*, 3.ª ed., Paris, 1930, p. 4.

12 Actividades realizadas por el Estado iguales a las que realizan los particulares (actos de gestión), pero buscando el interés público.

públicos ésta, sin ninguna otra consideración, estaría sometida al derecho administrativo sin importar que actuara con autoridad o sin ella.

El profesor ROLLAND creó unos principios generales que deben contemplar siempre los servicios públicos. Las conocidas como “leyes de Rolland” son: 1. La continuidad (el servicio público no puede tolerar interrupciones); 2. La adaptabilidad (necesidad de la administración a adecuar los servicios públicos a las necesidades de los ciudadanos); y 3. La igualdad (igualdad de tratamiento a los usuarios de un mismo servicio)¹³.

Con estas precisiones dadas por los diferentes estudiosos, se deduce con claridad cuándo ha de aplicarse el derecho público a una determinada actuación del Estado, se establecerá que si un ente estatal prestaba un servicio público, estaría sometido al derecho público y a la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que no habían determinado con certeza, era cuáles iban a ser los servicios públicos a los cuales se les aplicaría este régimen especial, ya que a pesar de estar claro el concepto de servicio público, no se sabía cuáles eran los servicios públicos a los que se les aplicaría el régimen.

Por esto, se identificaron unos servicios públicos que podríamos denominar tradicionales, como la defensa y la justicia, otros técnicos, como los correos y con posterioridad, unos que acentuaron la crisis de los servicios públicos: los llamados industriales y comerciales.

Lo anterior trajo como consecuencia el subjetivismo para determinar cuándo el derecho especial se tiene que aplicar a una actividad de interés general o no, por cuanto en algunos casos esa actividad era de servicio público y en otros no, de ahí que el concepto se volviera relativo con lo que se deja al sentir de los jueces administrativos la labor de determinar si la actividad es servicio público y, en caso afirmativo, que asumiera la competencia para no remitirla a la jurisdicción ordinaria.

Vista la problemática, se empezó a estructurar la teoría según la cual nos encontramos en una actividad de servicio público cuando un ente público asume la prestación de un servicio de interés general. Esto significa que siempre que el Estado intervenga en ese tipo de actuación específica, se aplicará el derecho especial de servicio público y la jurisdicción será la contencioso administrativa; los particulares cuando

13 Del libro de ALBERTO MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Externado, 2002, p. 140.

actúan, al no ser un órgano estatal, estarán sometidos al derecho privado, salvo que colaboren con la prestación de un servicio público a través de un contrato de concesión, porque en ese caso serán sujetos del derecho administrativo¹⁴.

B. La jurisprudencia francesa sobre los servicios públicos

La formación de la teoría de los servicios públicos nace de los especialistas franceses de la Escuela de Burdeos, quienes crearon el marco que permitió a los jueces de lo contencioso administrativo adoptar una nueva teoría diferente a la de los actos de poder y actos de gestión. La jurisprudencia, desde mediados del siglo XIX, empieza a esbozar la teoría de los servicios públicos, determinándola a partir de la ecuación antes mencionada: una actividad de interés general, realizada por un ente público y con un régimen jurídico diferenciado del de los particulares, remitida para su juzgamiento a la jurisdicción contencioso administrativa.

El fallo más importante de la jurisprudencia francesa, por ser el primero que determinó la jurisdicción aplicable en el caso que se tratara de una actividad de servicios públicos, fue el fallo Blanco¹⁵. Existen varios fallos tales como el Rothschild C. Larcher et Administration Des Postes, de 6 de diciembre de 1855; Carcassonne de 20 de febrero de 1858; Bandry C. Ministre de la Guerre de 1.º de julio de 1861, etc., que tocan el tema de los servicios públicos como garante de obligaciones para la administración pública, hecho que le genera una responsabilidad por el interés social que conlleva, que en las últimas providencias buscan someter la actuación de la administración pública a una jurisdicción especializada. Pero es por la importancia que tuvo el fallo Blanco al determinar la jurisdicción aplicable en un caso concreto, que se toma como base del estudio de la teoría de los servicios públicos. A continuación, analizaremos algunos fallos relevantes.

14 PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, p. 107.

15 Su nombre de la acción instaurada por JUAN BLANCO el 24 de enero de 1872, resuelta por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, disponible en [<https://es.scribd.com/doc/51258121/REPUBLICA-FRANCESA-fallo-blanco>].

1. Fallo Blanco del 18 de febrero de 1873 (Tribunal de Conflictos)¹⁶

En este célebre fallo, el Tribunal de Conflictos Francés, asesta un golpe definitivo a la teoría que antes mencionamos de los actos de autoridad y los actos de gestión, ya que declaró de manera contundente que correspondía intervenir a los jueces de lo contencioso administrativo en todos los casos que se reclamara una indemnización como consecuencia de una responsabilidad extracontractual (cuasidelito) ocurrida por la prestación de un servicio público.

Con este fallo se resolvió el conflicto de competencias entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la ordinaria, y por las consideraciones expuestas en la motivación determinó que se diera la autonomía del derecho administrativo y la justificación para la aplicación del derecho administrativo se configura cuando la administración pública ejerce una actividad de servicio público.

Los hechos son los siguientes: en la ciudad de Burdeos (Francia) en 1872, AGNES BLANCO es atropellada por un carro transportador de tabaco, de propiedad estatal¹⁷ conducido por cuatro empleados de la fábrica. El padre de la menor demanda a los operarios de la tabacalera y al Estado como responsable civil por la culpa de los empleados en el hecho, siguiendo la teoría de los actos de gestión y actos de poder. Por consiguiente, presenta la demanda ante la jurisdicción civil, con fundamento en las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil de la época. El representante del Estado planteó el conflicto de competencia por la falta de jurisdicción del Tribunal ordinario para conocer del proceso. El 18 de febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad del Estado por los daños proferidos a los particulares por sus empleados en la prestación de un servicio público, no se rige por los principios del derecho civil, sino que por ser una actuación que busca el interés general y ser una actuación de la administración,

16 Las sentencias citadas fueron estudiadas del texto MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY GRAIBANT, PIERRE DELVOLVÉ y BRUNO GENEVOIS. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000.

17 Cuando se habla de Estado en Francia, se refiere a lo que en Colombia denominamos Nación (Administración Pública Nacional).

la jurisdicción competente para solucionar el conflicto será la contenciosa y el derecho aplicable será el derecho público.

No sostuvo una tesis diferente de la que ya los tribunales en sentencias anteriores habían establecido, pero lo que tuvo trascendental importancia fue la determinación de una jurisdicción especial para el caso de los servicios públicos, en cuya prestación se aplicará un derecho administrativo independiente del civil, con reglas propias.

2. Fallo Terrier de 6 de febrero de 1903 (Consejo de Estado)

Con el fallo Blanco había quedado claramente determinado que en el caso de responsabilidad extracontractual (cuasidelitos), por la prestación de un servicio público realizada por una entidad estatal, la jurisdicción aplicable era la de lo contencioso administrativo y el derecho aplicable era el derecho público. No ocurría lo mismo con los contratos, por cuanto todo lo relativo a negocios jurídicos bilaterales quedaba en manos de la jurisdicción ordinaria, por aplicación de la teoría de los actos de autoridad y de gestión, en la cual sólo le atribuía competencia a la jurisdicción ordinaria en el primero de los casos.

Los hechos son los siguientes: el Consejo General de Sone-et-Loire votó en 1900 un crédito de 200 francos, con este dinero decidió conceder una prima de 25 centésimos a quien matara una víbora, previa certificación realizada por el alcalde del lugar. Cuando se agotó el crédito de 200 francos se presentó el señor TERRIER y reclamó el pago de las que él había matado. El prefecto, al haberse agotado el crédito, no tenía cómo pagarle al señor TERRIER, y le negó su derecho al pago por las muertes de las serpientes. Aquí nació el litigio que se demandó ante el Consejo de Estado que se pronunció el 6 de febrero de 1903, con las siguientes palabras:

Hay un verdadero servicio público, una operación de interés general que ha podido, en un momento dado, considerarse obligatoria para los cuerpos locales y que, desde entonces tiene, el más alto grado, carácter administrativo.

Todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales –ya sea porque la Administración actúe por vía de contrato, o que ella proceda por vía de autoridad–, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa.

Corresponde a la jurisdicción establecer, para las personas públicas locales, o aun para el Estado, en qué casos se halla en presencia de un servicio público funcionando con reglas propias y su carácter administrativo, o al contrario, ante actos que, interesando a toda la comunidad, teniendo forma de gestión privada, se mantienen exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado...

De acuerdo con lo anterior, el criterio del servicio público comienza a penetrar en el ámbito de los contratos administrativos (estatales o territoriales), pero no en todos los casos hay contratos relativos a los servicios públicos en los cuales la administración actúa como un particular; hay otros en los que el servicio funciona con las reglas del derecho administrativo, desarrollando el concepto de gestión pública y gestión privada. A la jurisprudencia será a la que le corresponde determinar cuándo se está en presencia de uno u otro contrato.

3. Fallo Feutry del 29 de febrero de 1908 (Tribunal de Conflictos)

Con el fallo Blanco, la competencia del juez administrativo en los casos de responsabilidad extracontractual (cuasidelito) en la prestación de un servicio de un ente del Estado había quedado plenamente determinada, pero esto no ocurría si el hecho lo había ocasionado una entidad territorial. Fue a través de este fallo que se le extendió la competencia a los jueces administrativos para que conocieran de la responsabilidad extracontractual contra los departamentos y municipios.

Los hechos fueron así: un loco se escapó de un asilo departamental donde estaba internado y le prendió fuego a los almiarés de paja y heno; el señor FEUTRY endilgó la responsabilidad al asilo por cuanto el servicio de guardia de ese establecimiento lo había dejado escapar, configurando responsabilidad por la vigilancia defectuosa. Demandó al departamento por daños y perjuicios ante el Tribunal Civil y suscitó un conflicto de competencias positivo. El Tribunal de Conflictos estimó que la acción tenía relación directa con la organización y funcionamiento de un servicio público, por lo tanto, era competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así, unificaron los criterios para otorgar competencia a los jueces administrativos que venían desde el fallo Terrier, desde aquí existe responsabilidad contractual o extracontractual del Estado o de sus enti-

dades descentralizadas por la organización de un servicio público, con lo que la jurisdicción será la contencioso administrativa.

4. Otros fallos de importancia

Después de haberse determinado la competencia de los jueces administrativos en las sentencias anteriores, empezaron a expedirse otras que agregaron circunstancias a lo que había sido tan claro antes, lo que origina un caos, por los problemas que se suscitaron para determinar cuándo una actividad es de servicio público y cuándo no.

Con el fallo Thérond del 4 de marzo de 1910, el Consejo de Estado declaró su competencia para atender el asunto. Sin ninguna otra consideración, sostuvo que la municipalidad “ha procedido teniendo en cuenta la higiene y la seguridad de la población, y ha tenido como consecuencia, como fin, asegurar un servicio público”.

El fallo de la Sociedad Comercial del Oeste Africano, del 22 de enero de 1921, trae la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales, a partir de la noción de gestión pública y privada del fallo Terrier, acentuando la crisis que ya se sentía en el concepto de servicio público¹⁸.

18 “Con el fallo Terrier se consolida el modo dominante en la consideración de los servicios públicos desarrollada por el fallo Blanco; aparte de extenderse la competencia del juez administrativo tratándose de aspectos contractuales de esta materia en los que resultan vinculados los departamentos y los municipios, se desarrolla la distinción entre gestión pública y privada, que pese a no encontrar en la situación actual de los servicios públicos una trascendencia definitiva (la gestión privada de los servicios públicos, no debe excluir el ‘carácter público de éstos ni el interés público que se persigue con su prestación’, aporta la consideración, que será ampliamente desarrollada a partir de la distinción jurisprudencial posterior entre ‘servicios públicos administrativos’ y ‘servicios públicos industriales y comerciales’, de una administración pública que actúa como particular, distinta a una administración pública que actúa con miras a la realización del interés general. JEAN-CLAUDE RICCI. *Mémento de la jurisprudence administrative*, Paris, Hachette, 1998, p. 15. Con el fallo Feutry se ratifica el fenómeno de extensión de competencias al juez administrativo, en materia extracontractual (quasi-delito) a los departamentos y municipios. Por su parte, el fallo Société des Granits Porphyroïdes des Vosges atribuye un énfasis particular al contenido contractual en materia de servicios públicos como criterio distintivo de jurisdicción. Será el carácter exorbitante del derecho común de los contratos, el aspecto concreto que determina la jurisdicción administrativa (y no judicial); de este modo, el intenso sistematizador del contenido típico de las cláusulas contractuales exorbitantes emprendido por el Comisario BLUM, si bien resulta un poco pretencioso y con poca incidencia concreta en los ulteriores estudios sobre este tema, tiene el merito de llamar la atención sobre el análisis

C. Crisis del concepto clásico de servicio público

En la teoría clásica del servicio público, observamos cómo la aplicación de la regla servicio público ejercido por una entidad de derecho público da como consecuencia la aplicación del derecho público con atribución de competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para resolver los conflictos que se susciten.

Esta teoría entra en crisis a partir del fallo *Société Commerciale de l'Ouest Africain (Bac d'Éloka)*, el que a partir de la noción de gestión pública y privada, crea una nueva distinción entre servicios públicos industriales y comerciales y servicios públicos administrativos. En esta sentencia se sostuvo que cuando ocurre un daño como consecuencia de una actuación del Estado en la explotación de un servicio público industrial y comercial, esto es, cuando actuaba como un particular, debía

de elementos prácticos que dejan entrever un posicionamiento de la administración pública de modo distinto al de los particulares Finalmente el fallo *Société Commerciale de l'Ouest Africain (Bac d'Éloka)* a partir de las nociones de gestión privada y pública, aportan la distinción entre servicios públicos industriales y comerciales –SPIC– y servicios públicos administrativos –SPA– respectivamente. En términos de JEAN MICHEL DE FORGES: 'L'évolution de la notion de service public a été effectuée par la naissance des services publics industriels et commerciaux qu'il convient de distinguer des services publics administratifs. Cette a été affectée par la naissance des services publics industriels et commerciaux qu'il convient de distinguer des services publics administratifs. Cette distinction se combine avec la différenciation des modes de destin des services publics'. *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires du France, 1991. Sin considerar la importancia definitiva que esta distinción ha tenido en las consideraciones orgánicas de la administración pública francesa, esta constituye un primer intento de abandono de una noción de servicios públicos a partir de estrictos presupuestos subjetivos y la consiguiente consideración de un sector de estos (servicios públicos administrativos) que no pueden equiparse al otro (servicios públicos industriales y comerciales), sino por el contrario debe estar caracterizado por un tratamiento diferente a las relaciones entre particulares, por estar constituido por concretas actividades que por su naturaleza (interés general) da lugar a ese tratamiento. De este modo, comienza a ser considerado un sector que debe ser sometido a unas reglas especiales (derecho administrativo) no en razón de una decisión de la administración pública, sino en consideración a una evaluación objetiva de las actividades que en desarrollo suyo se considera deben ser materializadas. No definiéndose éstas taxativamente, pareciera llamarse la atención al papel de la jurisprudencia en la individualización de éstas, al menos en sentido negativo, pues existiendo un presupuesto anterior globalizador de los servicios públicos como 'administrativos' (service public = droit administratif), papel de la jurisprudencia será aquel de intentar los SPIC si bien no a partir de una detallada referencia sectorial, sí a partir de la indicación de algunas características, como pareciera ser la actitud de la jurisprudencia administrativa francesa...". Tomado de MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo colombiano*, cit., pp. 125 y 126.

someterse al derecho de los particulares y a la jurisdicción ordinaria, como lo dijo el comisario de gobierno para sustentar esta solución:

algunos servicios públicos son, por naturaleza, de la esencia misma del Estado o de la administración pública; es necesario que el principio de separación de poderes garantice su pleno ejercicio, y su contenido será de competencia administrativa. Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada, y si son prestados por el Estado, solo lo son en forma ocasional o accidental, porque ningún particular se encargó de prestarlo y que es importante garantizarlos, velando por el interés general; los conflictos que ocasione su explotación competen naturalmente a la jurisdicción de derecho común¹⁹.

Con esta sentencia del Tribunal de Conflictos se concluye que cuando el Estado actúa como un particular para prestar un servicio público industrial y comercial, no se somete a las reglas que vimos antes, sino que, muy por el contrario, se somete a las reglas del derecho privado, resquebrajando la estructura que se había creado a partir del fallo Blanco.

Al aplicar este criterio, empezaron a existir actividades en las que el Estado actuaba como un particular, así, la aplicación del derecho privado que era por completo excepcional, se vuelve de aplicación común. Pero era la jurisprudencia, de todos modos, la que en cada caso concreto determinaba cuál era la jurisdicción y el derecho aplicable.

Con la revisión de la teoría clásica de los servicios públicos, ya no se reconoce un derecho especial (derecho administrativo) de aplicación a la actividad denominada servicio público, ni la utilización de un juez especializado (jurisdicción contencioso administrativa), sino que también el derecho de los particulares (derecho civil) y la jurisdicción de los mismos (jurisdicción ordinaria) se les puede aplicar.

Posterior a esto, en los años 1930 y siguientes, se empieza a operar en Francia una ola de nacionalizaciones: la primera en el Gobierno de ANDRÉ LEÓN BLUM²⁰, en la cual se observa la existencia de servicios públicos gestionados por particulares (empresas privadas) y que, además, la administración pública realizaba actividades que no eran propiamente servicios públicos (fabricación de automóviles o aviones),

19 LONG *et al. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, cit., p. 146.

20 París, 9 de abril de 1872-Jouy-en-Josas, 30 de marzo de 1950, Presidente del Gobierno Provisional de la República Francesa del 16 de diciembre de 1946 al 22 de enero de 1947.

que a pesar de ser industriales, se les aplicaban las reglas del derecho público.

El que la jurisprudencia fuera la que determinara cuándo a un servicio público se le aplicaba el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso administrativa, trajo como consecuencia que en unos casos dijera que una actividad era servicio público sometido al derecho administrativo y en otros, con las mismas características, sostener que no²¹; o actividades que eran claramente servicios públicos por el contenido de interés general que llevaban, no fueran sometidas a la jurisdicción contenciosa²².

Como vemos, la teoría clásica francesa del servicio público comienza a romperse, ya no puede aplicarse la concepción que existía en un principio que cuando había de por medio un interés general, realizado por una entidad estatal y regulado por normas especiales, sometía a la administración a un juez especial, sino que ahora, por las circunstancias específicas que se vivían en la época, los servicios públicos los podían prestar los particulares, con su régimen común, y el Estado podía ya someterse al derecho privado.

Desde los inicios del siglo xx, con base en la teoría marxista basada en la “planificación central”, enmarcada dentro del concepto de Estado benefactor, se realizaron cambios trascendentales no solo en los Estados socialistas, que permitieron la intervención económica del Estado en varios campos. Con las tesis de JOHN MAYNARD KEYNES²³, se ampliaron en gran medida las actividades que de común hacía el Estado: ahora el Estado participaba de manera activa en el proceso económico, en inversiones de todo tipo. El Estado, en muchos lugares del mundo, nacionalizó empresas o creó nuevas justificando su actuación primero, en que eran actividades en las que los particulares no participarían por

21 El Consejo de Estado y la Corte de Casación sostuvieron varias veces que los transbordadores eran obras públicas y que los conflictos se debían resolver en la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, Departamento de L'Eure C. E. 19 de junio de 1936; y la Corte Suprema también lo sostuvo el 14 de junio del 1970 en el fallo Sociedad de Centauros de Carretera; se dijo lo contrario en el fallo Sociedad Comercial del Oeste Africano del 22 de enero de 1921.

22 El Tribunal de Conflictos, 4 de junio de 1910 en el caso “Compagne de Assurances Le Soleil”, sostuvo que la locación de un inmueble para el alojamiento de militares, no constituía, a pesar de su fin de servicio público un contrato administrativo.

23 Cambridge, UK, 5 de junio de 1883-Tilton, 21 de abril de 1946.

ser demasiado costosas y segundo, por ser actividades que a pesar de no ser rentables económicamente, sí lo son socialmente²⁴.

Fue en los años 1970 cuando la privatización tomó una inusitada fuerza, debido a la crisis del Estado bienestar²⁵, crisis que ocurrió por el enorme crecimiento del sector público, con un gran déficit fiscal un gasto público muy alto y una gran ineficiencia en la prestación de servicios. El Estado se convierte en un Estado dominador, ya que posee los medios para gastar y satisfacer las necesidades de sus gobernados y resulta por tal circunstancia incontrolable para el derecho²⁶.

Lo observado antes hizo que en Estados Unidos e Inglaterra gran parte de las empresas estatales fueran privatizadas, sosteniendo que existe una mayor eficiencia del sector privado con relación al público y que a través de estas estructuras se reduciría el déficit fiscal²⁷.

24 ENRIQUE LOW MURTRA y JORGE GÓMEZ RICARDO. *Teoría fiscal*, Bogotá, Externado, 1997, p. 111.

25 Forma de Estado en el cual es de competencia de la nación procurar ser el máximo garante y prestador del bienestar colectivo. Esto se realiza principalmente con la intervención estatal en la economía para que exista pleno empleo; provisión pública de servicios sociales y la responsabilidad estatal del mantenimiento de un nivel mínimo de vida.

26 ERNST FORSTHOFF. "Problemas constitucionales del Estado social", en WOLFGANG ABEND-DROTH, ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 45 y ss.

27 "... Los Estados Unidos tienen una concepción clara del sistema capitalista y del papel de la empresa privada en la economía [...] la llamada desregulación, practicada por el Gobierno de RONALD REAGAN, ha suprimido buena parte de la intervención oficial, para dejar que el libre juego de la competencia permita mejorar servicios y reducir tarifas [...] En Inglaterra el proceso fue político, los Gobiernos laboristas produjeron en los años 70 la nacionalización de ferrocarriles, la industria del acero y minería del carbón, que evidenciaron la ineficiencia de la administración del Estado. Dichos procesos se encuentran en reversión, paralela a la privación de actividades que se había reservado el Estado como son telecomunicaciones y arrendamiento de vivienda popular, bien arraigado en la tradición inglesa de tenencia de tierra por la clase aristocrática y por el Estado. Es tal vez en Inglaterra donde las ideas neoconservadoras han sido más claras y definidas, por la muy larga permanencia de la señora THATCHER a la cabeza del Gobierno y por el resonante triunfo electoral que obtuvo su sucesor JHON MAJOR. Los procesos de privatización en Inglaterra cubren una enorme variedad de sectores económicos y sirven de ejemplo para la formulación de las políticas en el resto del mundo. Telecom. Inglesa, líneas aéreas BOAC y British, generación electrónica, suministro de agua potable, hospitales, educación, vivienda y muchos otros sectores fueron traspasados al sector privado y operan con éxito y eficiencia [...] En Francia ocurrió algo semejante, pero en un período más corto. El triunfo, hace diez años, del partido socialista, que llevó a la Presidencia a FRANÇOIS MITTERRAND, produjo una ola de nacionalizaciones, que traspasó a la propiedad del Estado la mayor parte de la banca y algunos de los mayores conglomerados industriales. La burguesía francesa aferrada al concepto de propiedad privada reaccionó y en elecciones intermedias hizo triunfar al conservatismo,

Con este cambio de estructura, como es obvio, si el servicio público era asumido por un particular, entonces el régimen sería de derecho privado, pero si lo realizaba una entidad estatal, el régimen era, normalmente, de derecho público.

D. La nueva tendencia del servicio público

Por los cambios sociales que se dieron en el transcurso de los años y las consecuencias que trajo el Estado social (ineficiencia, déficit fiscal, etc.), volvió a la comunidad la iniciativa para la prestación de los servicios sociales que requiera el conglomerado; se vuelve a un Estado que da libertad a sus asociados y les permite elegir de acuerdo a su conveniencia²⁸.

Por esas circunstancias, se les permite a los particulares la entrada en la prestación de los servicios con lo que el Estado –por su parte– vende los activos que posee en las diferentes sociedades, por lo que con la privatización, actividades que eran públicas pasan a ser liberalizadas, se devuelven a los particulares.

Para que la prestación del servicio pueda darse en condiciones de eficiencia, se debe estimular una competencia entre las empresas que presten los servicios públicos, pero esta liberalización de servicios que antes eran estatales puede llegar a convertirse en monopolios privados lo cual sería igual de malo que un monopolio público. Para que eso no

que permitió el acceso del señor CHIRAC al cargo de Primer Ministro, se inició interesante estado de ‘cohabitación’, que detuvo la ola de estatismo e inició una moderada privatización, que aún continúa [...] En España fue el gobierno socialista de FELIPE GONZÁLEZ, el que inició, paradójicamente la privatización [...] Tras setenta años de economía centralmente planificada, los dirigentes soviéticos, con GORBACHOV a la cabeza, se dieron cuenta de que no lograrían nunca satisfacer las necesidades de su pueblo dentro del esquema marxista-leninista [...] América Latina ha acometido un proceso de reformas y privatizaciones, que corresponde al grado de estatismo que llegó a tener cada país y a la voluntad política que se aplicó para lograr los resultados deseados [...] El caso más espectacular ha ocurrido en Chile, con la reducción del tamaño del Estado y la transferencia de numerosas actividades al sector privado...”. ENRIQUE ARIAS JIMÉNEZ. “Privatización en América Latina”, en *Íd. et al. Alternativas de privatización para el sector público Colombiano*, Bogotá, Externado, 1993, p. 16.

28 Ver LUIS GERMÁN ORTEGA RUÍZ y CORINA DUQUE AYALA. “La constitutionnalité des politiques du gouvernement relatif au renouvellement de l’administration publique et le ‘social maintien’”, en *Revista Virtual Via Inveniendi et iudicandi*, disponible en [<http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/download/2948/2817>].

ocurra, debe realizarse una regulación económica del sector que afecte las condiciones –también económicas– del mismo (zonas de mercado, precios, calidad, etc.); es una especie de sustitutivo del mercado que sin llegar a serlo, lo promueve y reconstruye²⁹. Como es obvio, que no se busca como objetivo primordial el control sino que en cambio lo que se busca es promover la competencia protegiendo a los usuarios.

Con esta nueva forma de servicio público se le dan a las actividades las diversas libertades que permiten a las empresas desarrollarse y poder competir en condiciones de igualdad. Lo primero es la libertad de entrada al sector de los servicios, esto es, que cualquier persona que pueda cumplir con los requisitos que exijan las normas del respectivo país tendrá derecho a explotar, construir, comprar, etc., cualquier instalación que sea necesaria para prestar el servicio que quiera; la libertad de entrada al mercado, esto es, que se le permita al operador el uso de la infraestructura sobre la cual se presta el servicio, el acceso a las redes, determinar –si las partes no se ponen de acuerdo– el precio por el acceso a la red, el uso en condiciones de igualdad, etc.; que exista una libertad de contratación que les de la independencia de operar bajo principios comerciales, que puedan comprar y vender sus productos con apertura empresarial y que exista una consolidación de las tarifas de acuerdo al mercado, claro está, sólo si se establece esa tarifa en condiciones de competencia.

Hemos visto que la apertura de los servicios llevaría a una mejor prestación de los mismos por encontrarnos en una situación de competencia, pero qué ocurriría con aquéllos en los que los particulares no mostraron interés en participar, por no ser recuperable la inversión dados los costos tan elevados en que se incurriría para poder prestarlos, o porque para la prestación nadie estaría interesado en realizarla. Si dependiera del simple juego de la oferta y la demanda, no se prestarían esos servicios y se habría perdido lo que socialmente se había ganado en el transcurso de todos estos años. Aquí es donde entra el Estado a participar; si los servicios son aquellos que deben prestarse a los particulares por ser necesarios para su desarrollo vital, esos servicios deben ser cubiertos por el Estado. A cada una de estas actividades

29 MARTHA O. HESSE. "Regulación del sector eléctrico: objetivos y principios", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 4, 1991, p. 221.

se les denomina *servicio universal* y son aquellas necesarias para las personas, pero que el mercado no puede satisfacer.

Cuando decimos que deben ser cubiertas por el Estado, entendemos que implica, en primer lugar, que se imponga a los operadores a través de la regulación, prestar el servicio o, en caso de no ser posible, que el mismo Estado lo preste, en forma directa o indirecta.

Los servicios universales no son un sector –como por ejemplo el aseo–, sino una o varias actividades dentro de ellos, en el mismo caso del aseo, no sería un servicio universal la limpieza de ríos, pero si el aseo domiciliario, necesario para todos y tendría el carácter de universal. Para cada sector hay que determinar en concreto cuáles son tales actividades.

En conclusión, a pesar de la apertura al mercado en la llamada neoliberalización, las Constituciones no han desechado los grandes aportes al desarrollo que hizo el Estado social y, por consiguiente, permitió que a los ciudadanos se les llevarán los servicios públicos que requieren para su vida en sociedad, beneficios a los cuales no podrían aspirar si no fuera por la mano del Estado que busca, en forma continua, suplir sus necesidades básicas.

E. Los servicios públicos en Colombia

Dentro del análisis de los servicios públicos en Colombia, revisaremos cómo fue su evolución a partir de la Constitución Política de 1886³⁰, para después adentrarnos en la última Constitución Política de Colombia de 1991³¹, mirando dos de los principales principios que determinan su naturaleza en Colombia, los cuales son la libertad económica y la intervención del Estado en la economía, para a partir de allí, estructurar un concepto de acuerdo a los lineamientos dados por el constituyente en el artículo 365 de la Constitución Política de 1991.

30 A partir de acá, todas las referencias a esta Constitución con base al texto disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>].

31 A partir de acá, todas las referencias a esta Constitución con base al texto disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

1. Evolución en Colombia a partir de la Constitución de 1886

La versión original de la Constitución Política de 1886 traía una concepción ideológica del liberalismo clásico, esto es, del *laissez faire et laissez passer*, que permite a los particulares entrar al mercado a asumir algunas tareas que antes había asumido el Estado. Con la desconfianza que tenían aquellos en todo lo que fuera público, como es evidente, no existió un total abandono del Estado, sino una actuación pasiva.

La anterior circunstancia es la que impide realizar innumerables referencias a los servicios públicos, muy por el contrario, solo se hacen unas pocas, sobre todo en el campo de las entidades territoriales y sus actividades prestacionales. Esta concepción liberal de la economía y todo lo relacionado con la administración pública, hizo que no se diera un debate sobre el tema de los servicios públicos.

Esta idea liberal, trajo como consecuencia que, al igual que en la época en que se dio la crisis de los servicios públicos, si éstos eran prestados por un particular, el derecho aplicable era el privado y si la actividad era prestada por el Estado, el derecho aplicable era el público. En el momento de entrar en vigencia la Constitución de 1886 al no existir la jurisdicción especializada³², que surge a partir de 1914, se acudía siempre a la jurisdicción ordinaria.

Con la reforma constitucional de 1936, se le dio paso al Estado intervencionista, que pasa a buscar de una forma activa solucionar los problemas sociales y económicos que tenía en ese entonces el país. Se cambia de una concepción individualista de los derechos privados y se pasa a otra que considera que los derechos individuales están supeditados a algo superior, que debe ser la función social. De acuerdo a la concepción de Estado que tiene LÉON DUGUIT de gran acogida en esa época, propone que aquél busque siempre el interés general.

Con la reforma de 1968, se reorganizó la estructura de la administración del nivel nacional y territorial, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios públicos, realizando las actividades de su competencia en una forma organizada y descentralizada. Al crear una estructura de organismos públicos encargados de la prestación de los servicios públicos, se consolida el concepto éstos como una función ad-

32 Esto es la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

ministrativa. Filosofía que permanece hasta la expedición de la Constitución Política de 1991.

2. Colombia a partir de la Constitución 1991: entre la garantía de la libertad económica privada y la intervención del Estado en la economía

Dentro de la nueva concepción de Estado que trajo a Colombia la Constitución Política de 1991, observamos que el tema de los servicios públicos se encuentra enmarcado, dentro de la misma, en el Título XII, “Del régimen económico y de la hacienda pública”, que nos obliga a pensar que la actividad que van a prestar los operadores de los servicios públicos posee un alto contenido económico. Por consiguiente, debe estudiarse a partir de las disposiciones constitucionales que determinan la estructura económica de nuestro régimen y cómo se debe aplicar a nuestro caso concreto.

En consecuencia, para observar cómo se regula en términos constitucionales la economía dentro de nuestra forma de Estado, estudiaremos los dos principales artículos de nuestra Carta, que son los que determinan la perspectiva en que los servicios públicos deben enfocarse.

Los dos conceptos que vamos a analizar serán: la libertad económica e iniciativa privada (art. 333 C. P.) y el de la intervención del Estado en la economía (art. 334 C. P.).

Como es obvio, estos dos artículos traen consigo una gran carga de conceptos doctrinales y jurisprudenciales que para nuestros propósitos no son fundamentales. Por tal razón, los abarcaremos desde el punto de vista de los servicios públicos para así adentrarnos en nuestro tema específico.

a. Libertad económica e iniciativa privada

Como referimos en líneas anteriores, nuestra Constitución Política define en su artículo 333³³ cuál va ser el modelo económico que carac-

33 Artículo 333 C. P. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. // La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. // La empresa, como base del desarrollo, tiene una función

terice al Estado; éste nos determina que estará fundado en los principios de libertad e iniciativa económica privada buscando un desarrollo sostenible para la nación, otorgando derechos a sus asociados que les permita evolucionar tanto de manera individual, como en sociedad. La iniciativa privada que se les otorga, como un derecho, no va sola: va con responsabilidad.

Con la libertad económica se promueven mejor los intereses de los usuarios y se logra que las empresas –por esa pugna inherente a la libre competencia económica–, sean mucho más eficientes. Cosas positivas que nos trae la Constitución que redundan en un beneficio para los consumidores.

Dada esa circunstancia, los agentes que participan en el mercado tienen altas responsabilidades, por eso el legislador nos trae distintas limitaciones todas con el fin de proteger la libre competencia.

La Corte Constitucional, al definir libertad económica, sostuvo:

... la libertad económica ha sido concebida por la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias y habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social³⁴.

La libre competencia económica se observa desde dos puntos de vista: uno subjetivo, esto es, un derecho individual que otorga derechos y obligaciones, y otro objetivo, que significa que la libre competencia es la regla de juego a la cual deben someterse los agentes del mercado³⁵.

social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. // El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. // La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-389-02.htm>].

35 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 23 octubre de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>].

Las garantías que deben darse para que se tenga una libertad económica pueden resumirse en tres: i. La libertad para ejercer una actividad económica libre, dentro de los límites trazados por la Constitución y la ley; ii. La libertad de los agentes económicos para ofrecer ventajas comerciales a sus consumidores, cuando lo consideren pertinente; y iii. La libertad para los consumidores de contratar con los agentes oferentes los bienes o servicios que requieran³⁶.

A su vez, la Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades que las libertades económicas poseen las siguientes características:

(i) Se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) La libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) Las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) El juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas³⁷.

Es claro por lo antes dicho, que nuestra Constitución trae la libre competencia como un pilar dentro de nuestro modelo económico. Así plasma, como es obvio, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, que ésta libertad económica esté garantizada y que la actividad del Estado debe estar encaminada a su promoción evitando que lo restrinjan.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 13 de junio de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>].

37 Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 23 de mayo de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-392-07.htm>] y Sentencia C-909 de 7 de noviembre de 2012, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-909-12.htm>].

Pero como lo hemos señalado, la libertad económica y la iniciativa privada no son absolutas, tienen límites, caracterizados sobre todo por los adelantos que nos trae el bien común al aplicar el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular. Por lo tanto, se justifica la actuación del Estado a través del legislador para que pueda prohibir conductas que considere puedan vulnerar ese interés general del que hemos hablado. Como bien sabemos, la iniciativa privada es un derecho, pero como lo dice la Corte Constitucional “no se trata de un derecho absoluto, ni de una barrera infranqueable a la intervención del Estado...”³⁸.

Y para dejar claro el punto, el mismo constituyente en el inciso final del artículo 333, determinó que se podía limitar el alcance de la libertad económica “... cuando así lo exijan *el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*” (resaltado nuestro).

b. La intervención del Estado en la Economía

El Estado ha intervenido, a través de la historia, de la siguiente manera: en una primera etapa, que fue conocida como la “liberal”, determinaba que el mercado era lo que debía regular todas las relaciones económicas y que la intervención el Estado debía ser la menor posible. No significa que no existiera, pero su participación era mínima.

Más adelante, por las desigualdades sociales, el Estado entra a intervenir en forma más definitiva, buscando favorecer a los que se encontraban en situaciones desventajosas dentro de la sociedad. Así, el Estado interviene la economía y directa o indirectamente, participa en ella. Toda esto buscando el anhelado Estado social.

Por último, al no funcionar el Estado social como se había concebido por su excesiva participación en la economía, que ocasionó bajos niveles de producción, baja calificación de la mano de obra, burocracia, etc., se produjo la vuelta a la teoría liberal, aunque con unos ajustes, situación que se denominó neoliberalismo.

Con el neoliberalismo se quiere volver a dejar la economía sujeta a las reglas del mercado, pero con una intervención del Estado en la

38 Corte Constitucional. Sentencia C-384 del 13 de mayo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-384-03.htm>].

propia economía en los momentos en que ésta presente deficiencias. El Estado interviene para solucionar las deficiencias del mercado.

En nuestro texto constitucional, que se redactó buscando que estuviera a la par con los desarrollos constitucionales mundiales, el artículo 334³⁹ explica la dirección hacia donde debe dirigirse la acción de las entidades públicas, al determinar en primer lugar, que quien tiene la función de dictar los lineamientos de la intervención del Estado en la economía es el Congreso de la República, atribución dada tanto por el artículo en mención, como por el 150-21 de la Carta, como lo dice la Corte Constitucional:

Puede decirse que la facultad de intervenir la economía dentro del sistema constitucional colombiano, en lo esencial, descansa primordialmente en el Congreso y por eso esto es una función que se ejerce en atención a intereses nacionales y unitarios⁴⁰.

No decimos que el Congreso sea el único, pero es quien de acuerdo a nuestro marco constitucional es el más importante. Como es obvio, no podemos dejar por fuera al Presidente de la República, que posee muchas competencias en materia de intervención, como por ejemplo, en el caso de la regulación legislativa de la economía por medio de las facultades legislativas que le otorgue el Congreso por un periodo no superior a seis meses⁴¹. En el caso de la emergencia económica⁴² –con su facultad reglamentaria– puede desarrollar el contenido general de las

39 Artículo 334 C. P.: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. // El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

40 Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 28 de febrero de 2007, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-137-07.htm>].

41 Facultad que no le permite decretar impuestos, y realiza esa facultad por medio de “Decretos Legislativos”. Artículo 150-10 C. P.

42 En la cual puede adoptar temporalmente normas tributarias. Artículo 215 C. P.

leyes marco que expida el congreso en ciertas materias económicas⁴³ o las facultades de inspección de las superintendencias⁴⁴, entre otras⁴⁵.

Otro importante regulador económico es el Banco de la República, que fija la política cambiaria, crediticia y monetaria de la nación⁴⁶.

Como habíamos observado en el desarrollo del tema anterior –la libertad económica–, vimos cómo esa libertad no era absoluta, sino que por el contrario tenía unos límites que determinaban una acción del Estado⁴⁷, que ocurría cuando se obstruye o restringe la actividad económica y además, evitará y controlará el abuso de la posición dominante teniendo, además, la posibilidad de limitar la libertad económica, todo lo anterior por medio de una ley cuando así lo requiera el interés nacional⁴⁸.

Al desarrollar el artículo 334 constitucional, que es específico a la intervención económica del Estado, retoma los anteriores principios para aplicarlos en todos los servicios, tanto públicos como privados

para racionalizar la economía con el fin de seguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano.

43 Artículo 189-25 C. P.

44 Numerales 21 a 24 y 26 artículo 189 y de gran importancia para nuestro tema, el 370.

45 Vigencia de la ley del plan en caso de ausencia legislativa, la pone en vigor el Presidente de la República. Artículos 348 y 349 C. P.

46 Artículos 371 y ss.

47 De acuerdo a lo expuesto en la Sentencia de la Corte Constitucional, C-150 de 25 de febrero de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>], la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en el libro de PIERRE DELVOLVÉ. *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 17 y ss., se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular; si apunta a una cierta situación, como por ejemplo, a la de una empresa de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha, sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo él mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas por lo general públicas.

48 Artículo 333 C. P.

Siendo importante, además, que el Estado intervenga en especial con las personas de menores ingresos para que estos tengan “acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

No existe una autorregulación de la economía por parte del mercado, como se pretendió en la época de la etapa liberal, sino que a partir de los postulados de los artículos 333 incisos 4 y 5, y 334, existen claras disposiciones que determinen la existencia de una regulación por parte del Estado, que ordenará por medio de disposiciones de derecho público, la libertad económica y la iniciativa privada que poseen los sujetos. Dicha intervención tendrá como objetivo el crecimiento de la economía, pues tal se realizará para incentivar la inversión y se utilizará en última instancia con el objeto de sancionar una conducta.

La intervención del Estado en la economía, se realiza a través de variados mecanismos, en tratándose de actividades lícitas, para ofrecer estímulos y desestímulos que orienten la inversión de recursos privados y, excepcionalmente, como último recurso, se acude a la modalidad sancionatoria la que se circunscribe a las actividades ilícitas o se aplica frente a la inobservancia de las normas por las cuales se regula una actividad, justificadas en el riesgo social que tales actividades comportan o en la búsqueda de una protección al interés general⁴⁹.

En el campo de los servicios públicos, de acuerdo al marco constitucional enunciado, se determina que existe una libertad económica para la prestación de esos servicios, pero esta libertad no es ilimitada⁵⁰, sino que está regulada por el interés general y por las normas de intervención que expide el Estado para regular la economía. Por consiguiente, los particulares, el Estado y las comunidades organizadas pueden prestarlos de acuerdo con la ley; por su parte el Estado tiene la obligación de regularla, de acuerdo con los principios del artículo 365 de la carta superior. Como lo ha dicho la Corte:

La intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también los servicios públicos, y su

49 Sentencia C-137 de 2007, cit.

50 De acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia C-137 de 2007, el Estado puede intervenir la economía cuando se trate de servicios públicos, entre otras, para mejorar “tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios”.

finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de vida y de los intereses de los usuarios”⁵¹.

3. Las características del servicio público en Colombia

El tema de los servicios públicos, como lo hemos anotado en el transcurso de este trabajo, se ha desarrollado en el título XII de nuestro marco constitucional, que se refiere al régimen económico y de hacienda pública, dentro del capítulo 5.º, denominado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”. Esto nos muestra el desarrollo y el cambio sufrido por los servicios públicos con el paso de los años, por el cual de ser una función prácticamente del Estado, pasa a ser ahora una actividad con una alta connotación económica en la que pueden participar los particulares, supeditada a los artículos 333 y 334 de la C. P., sobre la libertad económica y la facultad del Estado de dirigir la economía.

En la Constitución Política de 1991 no se define el concepto de servicio público, se realiza un listado enunciativo de algunos de ellos, pero no lo define. Lo que sí realiza el constituyente de 1991 es dar unas características sobre los servicios públicos, características que nos ayudarán a entender cómo deben funcionar los servicios públicos en Colombia, que pasamos a explicar.

a. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado

La Constitución colombiana adoptó la forma de Estado social de derecho, determinando una fórmula que debe aplicarse sobre todo en el marco normativo, con lo que se obliga al intérprete al analizar una norma, a someterla siempre al entendido que estamos en un Estado social. Esto significa que debe buscarse un orden justo para la sociedad, en el sentido de la búsqueda de una igualdad real, con protección en todos los casos de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

51 Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 14 de julio 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6896>].

El Estado se encuentra obligado a realizar acciones positivas para cumplir con las finalidades sociales en el campo de los servicios públicos, con lo que ha de asegurar en forma igualitaria y sin interrupción la prestación de aquellos. La comunidad debe tener acceso a los servicios públicos para que puedan actuar como individuos en un Estado social y puedan ejercer en forma real los derechos fundamentales otorgados por la Constitución de 1991.

La prestación de los servicios públicos en Colombia ha sido entendida por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

De esta manera, la reglamentación legal no puede restringirse a desarrollar uno solo de los criterios que presiden la prestación de los servicios públicos, sino que debe considerarlos todos. En este sentido, la Corte ha hecho ver lo siguiente:

“... la eficiencia, la continuidad y la universalidad de la cobertura de los servicios públicos son fines legítimos y, además, constitucionalmente importantes para el logro del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y para la realización de los fines del Estado social de derecho. En efecto, tal como lo establece el artículo 365 Superior, el Estado debe asegurar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente en todo el territorio nacional. Por su parte, el artículo 367 constitucional, junto con el artículo 365, resaltan el deber del Estado de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Igualmente, de conformidad con el artículo 366 de la Carta, la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento básico y de agua potable es un objetivo fundamental de la actividad del Estado, y está orientado a la consecución de los fines sociales del Estado. Y por ello, tal como lo consagra el artículo 365, inciso 2 de la Carta, ‘el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios’, ya sea que sean prestados ‘directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares’”⁵². (Resaltado nuestro).

Con claridad se observa la posición de la Corte determinando una forma de actuación, que debe guiar la vida tanto de la administración como de los administrados.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-739 del 23 de julio 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-739-08.htm>].

b. La prestación de los servicios públicos a los habitantes del territorio debe ser eficiente

Con la teoría clásica de los servicios públicos, existía un principio fundamental basado en que “Los servicios públicos son la razón de ser del Estado”⁵³, llegando a ser un elemento del Estado mismo⁵⁴.

Lo expuesto determina que los servicios públicos son la razón misma del Estado; éste no está conformado por gobernantes que actúan por ese poder, sin ninguna consideración con los gobernados. Ellos están para satisfacer las principales necesidades que se presentan al interior del territorio, siendo ésta su actividad, el sustento y justificación para sus actuaciones.

Lo anterior nos lleva a hacer una reflexión: si los servicios públicos son tan importantes y deben primar sobre los demás, su prestación se debe llevar a cabo por todos los medios posibles con que cuente el Estado, determinando que, sin importar los costos, los servicios públicos se deben prestar. Como lo dijo el Consejo de Estado francés, traído a colación por HUGO PALACIOS MEJÍA:

En toda constitución de servicio público, son las necesidades del servicio público las que deben prevalecer sobre toda consideración de interés financiero⁵⁵.

La carta constitucional de 1991 en su artículo 365 determina la prestación de los servicios públicos de una manera específica. En primer lugar, ya no son la razón única del Estado para actuar, aunque de ellos se sirve para cumplir con su cometido que es la búsqueda del Estado social, y en segundo lugar, se debe prestar de forma eficiente a todos los habitantes del territorio.

La prestación eficiente de los servicios públicos conlleva a que el resultado de la actividad que se está llevando a cabo –como salud, educación, sanidad, etc.–, se pueda medir y que se determine de esta forma su costo, con su beneficio. Con la Constitución vigente, cuando un ser-

53 JÈZE. *Los principios generales del derecho administrativo*, cit., p. 5.

54 DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit.; ÍD. *Manuel du droit public, Les transformations du droit public*, cit.

55 HUGO PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Ediciones Derecho Vigente, 1999, p. 17.

vicio público se presta en forma deficitaria y no se pueden recuperar los costos con la tarifa, la solución, de acuerdo a este nuevo esquema, es el cierre de la empresa.

La Corte Constitucional ha dicho con relación al concepto de eficiencia que es: "... el máximo rendimiento con los menores costos..."⁵⁶.

Por esto, el criterio de eficiencia tiene una gran importancia para la prestación de los servicios públicos. Es así como las empresas de servicios públicos se deben ver como un negocio que obtenga de esta forma resultados positivos en su actuar. La eficiencia se traduce en que se preste el servicio de forma continua, regular y con calidad sin dejar de lado su manejo como una empresa productiva.

Esto no significa que el Estado no continúe con la obligación de buscar la forma para que se preste el servicio público, siempre debe hacerlo, pero lo que no tiene obligación es de asumir los costos de una empresa deficitaria. En el esquema constitucional, los servicios públicos tienen una alta connotación económica⁵⁷, deben ser vistos no solo como una actividad que debe asegurar el Estado sino, también, como un negocio.

c. Los servicios públicos tendrán el régimen jurídico que fije la ley

La teoría clásica de los servicios públicos, como lo vimos antes⁵⁸, trajo una fórmula en la cual si una entidad prestaba servicios públicos, el régimen jurídico era de derecho público. El servicio público para esta época requiere de un derecho especial, no el mismo que se le aplica a los particulares, este derecho especial se justifica por la necesidad de satisfacer "intereses generales".

Estos intereses generales le dan naturaleza a los funcionarios vinculados al servicio; los bienes utilizados para su ejecución justifican los poderes exorbitantes que requiere la administración para la pres-

56 Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 26 de abril de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-206-94.htm>].

57 El tema de los servicios públicos se encuentra insertado en lo que se denomina la Constitución Económica, Capítulo 5, Título XII.

58 Cfr. en este capítulo, I.A.

tación del mismo, la naturaleza de los actos expedidos por los agentes del servicio, la naturaleza pública de sus contratos, etc.

Para determinar cuándo una actividad era de derecho público y cuando no, se analizaba si con el servicio se pretendía satisfacer un interés general. La determinación de cuándo era un servicio público quedaba supeditada al intérprete de la norma, esto es a los jueces, hecho que conllevó la gran cantidad de problemas que enunciamos al principio. El criterio para determinar el derecho era jurisprudencial y no legal, ocasionando esto muchas confusiones.

Con la Constitución de 1991, no se deja al intérprete determinar cuándo se aplica el derecho público o el privado. Quien tiene esa facultad, de ahora en adelante, será el Congreso, mediante una ley de la República. Así se solucionó en Colombia el problema presentado en Francia para determinar cuál derecho aplicar en un caso concreto.

El legislador, según el servicio público y las necesidades del momento, podrá ordenar que el derecho aplicable sea el público, el privado o un derecho especial (mixto)⁵⁹.

d. La regulación, control y vigilancia se encuentra en cabeza del Estado

De acuerdo a lo que hemos observado en el transcurso de este estudio, observamos que ya la prestación de los servicios públicos no es obligación del Estado, sino que se liberalizaron los servicios permitiendo que tanto los operadores públicos como los privados pudieran concurrir en el mercado en condiciones de igualdad y con alta eficiencia. Pero con la correlativa obligación para el Estado de garantizar la prestación de los servicios públicos a toda la población, también surge la necesidad de promover la competencia, determinar cuál debe ser la calidad del servicio público que se va prestar, buscar la máxima eficiencia y además, proteger a los usuarios.

59 En el caso de los servicios públicos domiciliarios expidió la Ley 142 de 11 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.superservicios.gov.co/content/download/4977/47233>], en la cual determinó un régimen de derecho mixto.

Aunque la obligación es del Estado⁶⁰, es al Presidente de la República al que le corresponde la fijación de las políticas públicas de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos, que se realiza a través de las Comisiones de Regulación⁶¹.

Y es por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios que el Presidente de la República ejerce el control de policía sobre los diferentes prestadores de servicios públicos. Esto es garantizar la gestión empresarial de las empresas (garantizar la eficiencia) y la protección a los usuarios⁶².

e. Eliminación de las barreras de entrada

Los servicios públicos, en su teoría clásica, debían ser prestados en forma exclusiva por el Estado. Al realizar actividades que buscaban satisfacer el interés general, debían ser prestados además en forma monopólica. Por excepción con ayuda de los particulares, pero a través de otra figura de derecho público: la “concesión”⁶³.

Con la Constitución de 1991 se establece un régimen de libertad para la prestación de los servicios públicos, y como consecuencia de esa determinación del constituyente, se suprimen los títulos habilitantes. El Estado no tiene la obligación de prestar directamente el servicio público, lo puede hacer, pero al encontrarnos en un Estado social, deberá garantizar su prestación. No requiere prestarlos siempre, sino cuando las necesidades políticas y sociales lo determinen, pero deberá garantizarlos siempre y, además de eso, para su correcta prestación regularlos, controlarlos y vigilarlos.

Según nuestro marco constitucional, el artículo 365 establece que los servicios públicos: “... podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente⁶⁴, por comunidades organizadas y por los particulares...”. gran importancia reviste que los particulares puedan prestar los

60 Inciso 2.º artículo 365.

61 Artículos 68 y ss., Ley 142 de 1994.

62 Artículo 75 y ss., ibíd.

63 JÈZE. *Los principios generales del derecho administrativo*, cit., p. 71.

64 A través de concesión, regulada por el artículo 30 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html].

servicios públicos sin más autorización que la que brinda nuestro marco constitucional.

Al no existir exclusividad para la prestación del servicio, y porque lo puede prestar cualquiera de los sujetos antes mencionados, es claro para nosotros, que nos encontramos ante una competencia. Y esa competencia debe ser promocionada por el Estado, al convertirse la prestación de los servicios, por la entrada de los particulares, en un negocio rentable, aunque el Estado no debe permitir el abuso de posiciones dominantes, ni los monopolios. Esto significa que para prestar los servicios públicos se requiere de ciertos permisos, concesiones, autorizaciones o licencias de las autoridades, los cuales serán determinados por la ley⁶⁵.

El Estado puede, por razones de soberanía o interés social, reservarse la prestación de un servicio público y convertirlo en un monopolio. Esto lo puede hacer a través de una ley expedida por el Congreso, aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara y siempre por iniciativa del Gobierno. Si el Estado, al sacar del mercado una actividad de servicio público causa perjuicio a los particulares que vienen prestando el servicio, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que por la ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita⁶⁶.

f. Concepto Constitucional de servicio público

Los servicios públicos están regulados por los artículos 365 a 370 de la Constitución Política, en los cuales se determina lo siguiente: El artículo 365 señala el régimen general constitucional para los servicios públicos. En el artículo 366 se señalan los objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de

65 En el caso de acueducto y energía eléctrica, siempre que se necesite un recurso hídrico, se requiere concesión para la utilización del agua (Ley 99 de 22 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.146, de 22 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>]). No se requiere habilitación para prestar el servicio público, pero se requiere la concesión para utilizar bienes que son públicos. La construcción de las redes para prestar los servicios públicos domiciliarios, deben someterse a las normas de urbanismo, planeación, uso de espacio público, seguridad, tranquilidad y tránsito del municipio respectivo (art. 26 Ley 142 de 1994).

66 Inciso final, artículo 365 C. P.

salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social. Los artículos 367 a 370 fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios y se le asigna la competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten⁶⁷.

La Constitución trae varios ejemplos sobre los servicios públicos: seguridad social (art. 48), atención en salud y saneamiento ambiental (art. 49), la educación (art. 67) y los servicios públicos domiciliarios (art. 367 y ss.).

Según las características enunciadas con anterioridad, los servicios públicos, son:

todas aquellas actividades realizadas por el Estado, los particulares y las comunidades organizadas, que buscan satisfacer necesidades sociales, de acuerdo al marco jurídico que determine el legislador, siempre con la vigilancia, control y regulación por parte del Estado.

Según esta definición, de acuerdo al estudio de las características dadas por el constituyente, se otorga al legislador un espectro de trabajo muy amplio para determinar cómo se van a desarrollar los servicios públicos, por cuanto el régimen y la regulación de estos servicios estará a cargo del Congreso.

La Corte lo definió de la siguiente manera:

aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda⁶⁸.

67 Al Presidente de la República se le asigna la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. Numeral 23 artículo 189 C. P.

68 Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 20 de febrero de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-075-97.htm>].

g. Definiciones legales de servicios públicos

En el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 430, se incluyó una definición de servicios públicos, que se utilizaría para determinar si se puede o no realizar huelga en una actividad:

... se considera servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directamente o por personas privadas.

Se observa con claridad una inspiración de los tratadistas clásicos del servicio público.

La Ley 80 de 28 de octubre de 1993⁶⁹, en su numeral 3 artículo 2.º, determinó que, (solamente para efectos de esa ley) Se denominan servicios públicos:

los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Se deduce que el legislador colombiano aplica un concepto muy parecido al que traían los clásicos: toda actividad permanente y continua que busca satisfacer necesidades colectivas, con el régimen que determine el legislador.

II. LA INTERRELACIÓN DE LOS CONCEPTOS SERVICIO PÚBLICO Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Tanto la doctrina nacional como el Consejo de Estado se han venido preguntando sobre la relación existente entre los servicios públicos y la función administrativa y, como resultado de esto, observar si el servicio público es función administrativa. Esto ocurre por la transformación sobre la prestación de los servicios públicos, que ocurrió a partir

69 Estatuto de Contratación Estatal vigente, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

de la Constitución Política de 1991, por medio del cual ellos se liberalizan, por lo tanto, ya no solo los prestan las entidades públicas, sino que además los particulares entrarían a prestarlos y, en caso de existir, competir con los operadores públicos. La importancia de esta conceptualización se observa por la normatividad y la forma de llenar lagunas legales, a que se tendría que acudir en caso de existir un conflicto de un prestador de servicios públicos, sin contar con los problemas de inseguridad jurídica que ello acarrearía.

Para abordar este tema, en primer lugar determinaremos un concepto de función administrativa, observaremos los criterios para determinar cuándo estamos frente a esa función, para luego abordar el cuándo por la prestación del servicio público se realiza una función administrativa.

III. CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS CRITERIOS PARA DETERMINARLA

A. Su definición a partir de los postulados Constitucionales

La función administrativa debe ir y dirigirse hacia el cumplimiento de la Constitución Política y de las leyes. Además, a quien se le invista de esa función, debe entenderse que se le convierte en una autoridad pública.

La función administrativa, se refiere a esas actividades administrativas que la Constitución o la ley otorgan a las autoridades o, en casos excepcionales, a los particulares para el cumplimiento de sus fines⁷⁰.

70 La Corte Constitucional sostuvo: "La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. // La función pública, por lo tanto, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (art. 209 C. P.), que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad. // En este orden de ideas, quienes como servidores públicos acceden a dicha función deben reunir ciertas cualidades y condiciones, que se encuentren acordes con los supremos intereses que en beneficio de la comunidad se gestionan a través de dicha función. Y, es por ello que tanto la Constitución como la ley regulan las inhabilidades que comportan la carencia de dichas

El término función pública se utiliza en la Constitución Política para referirse a las actividades del Estado⁷¹, determina las competencias de los diferentes órganos del Estado, así como las funciones de los servidores públicos⁷². En el caso de las actividades de los servidores públicos, conlleva a que por regla general ejerzan funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado⁷³.

Por todo lo anterior, servidor público es toda persona vinculada a una entidad pública y que ejerce, por regla general⁷⁴ y a cualquier título, una función pública. Pero no son solo ellos los que pueden ejercer una función pública, también los particulares pueden hacerlo en los casos que lo permitan la Constitución y la ley⁷⁵. Así, tanto el servidor público como el particular que ejerza la función pública, deben cumplir con los principios de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por regla general, las entidades públicas ejercen función administrativa, en especial la Rama Ejecutiva, pero eso no significa que por excepción los particulares no puedan hacerlo. Es la misma Constitución en su artículo 210 que lo determina, no significando que el particular se convierta por ese hecho en un servidor público, con todos sus derechos y obligaciones, sino que colaborará para el cumplimiento de los fines del Estado y ejerciendo únicamente las facultades que de forma restrictiva le otorga la ley⁷⁶.

cualidades e impiden a ciertas personas acceder a la función pública”. Sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-631-96.htm>].

71 Artículo 113 C. P.: “Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva, y la Judicial. // Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. // Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

72 Artículo 122 C. P.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 7 octubre de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm>].

74 Decimos que los servidores públicos por regla general ejercen función pública, por cuanto el ordenamiento legal permite que existan servidores públicos que solo realizan actividades industriales y/o comerciales. Es el caso de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado –EICE–, las sociedades de economía mixta o las empresas de servicios públicos en las cuales exista participación del Estado.

75 Artículos 123 y 210 de la Constitución Política.

76 Artículo 210 de la Constitución Política: “Las entidades del orden nacional descentraliza-

Cuando el particular ejerza una función administrativa estará investido de facultades que solo pueden ser otorgadas por ley, es por esto que al realizar este tipo de función se transforma a los ojos del Estado en una autoridad, otorgándole algunas prerrogativas públicas, por esto su responsabilidad irá ligada a las responsabilidades propias de un servidor público, debiendo buscar el cumplimiento de los fines del Estado al servicio de los intereses generales y de la comunidad⁷⁷. Sólo podrá realizar lo que la Constitución o la ley le permitan, como cualquier otra autoridad que ejerce función administrativa⁷⁸. Para que un particular ejerza una función administrativa, siempre se requiere que exista con antelación una norma que determine que la actividad encargada al particular es administrativa, o lo que es lo mismo, que sea propia de la administración pública.

Como lo dijimos antes, de acuerdo con la Constitución, cuando una autoridad ejerza una función administrativa deberá cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Cuando estamos frente al análisis de una entidad pública, todos estos preceptos constitucionales aparecen de forma clara en toda la normatividad que las regula, por ejemplo, cuándo se va contratar, tienen un estatuto de contratación (Ley 80 de 1993), o en el caso de las actuaciones administrativas existe un código que los regula (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 18 de enero de 2011⁷⁹), los cuales ya tienen incorporados los principios; pero cuando es un particular ejerciendo función administrativa, que no tiene esos códigos o estatutos, solo podrá someter su comportamiento a los principios generales del artículo 209 de la Carta magna, lo cual hace que tanto para ellos, como para los entes de control se convierta en un poco compleja su aplicación.

das por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. // *Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.* (Resaltado fuera de texto).

77 Artículos 123 y 209 de la Constitución Política.

78 Artículos 6.º y 121 ibíd.

79 *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

B. Criterios para determinar la función administrativa

Después de consolidado el concepto de función administrativa con la revolución, diferentes doctrinantes crearon distintos criterios para determinar cuándo se encontraba una entidad realizando ese tipo de función. Aparecieron varias teorías como la del criterio subjetivo, el objetivo, la de la *puissance publique*, finalistas, etc., las cuales han ayudado a establecer la nueva filosofía administrativa y hasta dónde debe llegar de acuerdo a esa evolución. Una de las teorías para determinar qué era función administrativa fue la de los servicios públicos, que por ser analizada con antelación, no va a ser tratada en este punto. La forma en que va determinarse el concepto de función administrativa va a la par con el concepto de administración pública, por cuanto la actividad que realice la administración pública es función administrativa.

Desde los primeros debates prerrevolucionarios se había determinado –esto gracias a los trabajos de los ingleses–, que era necesaria una división del poder en diferentes órganos para no caer en el absolutismo. De esta forma y tomando los trabajos de MONTESQUIEU, se dividió el poder en tres funciones: la función ejecutiva, la legislativa y la judicial. Después, a una sola de las Ramas del poder, la ejecutiva, se asignó la función de administrar la “cosa” pública (administración pública), convirtiéndola en la que ejerce la función administrativa. Pero con el paso del tiempo se presentaron conflictos, cuando otras Ramas empezaron a ejercer función administrativa, surgieron interrogantes sobre si será la Rama Ejecutiva, a través de sus órganos, la que puede ejercer función administrativa, o si será que las demás también podrán hacerlo, y es por eso que empiezan a surgir varias teorías para determinar cuándo se ejerce función administrativa.

1. Función administrativa desde el punto de vista orgánico o subjetivo

Fue con la teoría de la tridivisión de poderes, consagrada por MONTESQUIEU, que se apreciaba una coincidencia entre las diferentes Ramas del poder y las funciones que cada una realizaba. La función legislativa por la Rama Legislativa, la función judicial por la Rama Judicial y la función administrativa por la Rama Ejecutiva⁸⁰.

80 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2005, p. 15.

El único que puede ejercer la función administrativa es, de acuerdo con la concepción clásica, quien podría administrar; esto es, la Rama Ejecutiva. Con esta concepción las demás Ramas no podrían inmiscuirse en el ejercicio de la función administrativa desarrollada por la Rama Ejecutiva, por cuanto ellos no pueden administrar.

En el Estado colombiano, el criterio orgánico implicaría que la Rama Ejecutiva del poder y sus órganos desconcentrados y descentralizados, serían los únicos que podrían ejercer función administrativa, caso que aquí no aplica. La Rama Ejecutiva por regla general es la que ejerce la función administrativa, pero no es la única función que aplica, por cuanto en algunos casos expide normas que materialmente son leyes y en otros desarrolla la función judicial, como en los juicios de policía o las funciones jurisdiccionales a algunas entidades de la Rama Ejecutiva⁸¹.

81 Artículo 24 Código General del Proceso (Ley 1564 de 12 de julio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html]): "Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: // 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: // a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor. // b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal. // 2. La Superintendencia Financiera de Colombia conocerá de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. // 3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual: // a) La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial. // b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos. // c) El Instituto Colombiano Agropecuario en los procesos por infracción a los derechos de obtentor de variedades vegetales. // 4. El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, a través de la dependencia que para tales efectos determine la estructura interna, podrá, bajo el principio de gradualidad en la oferta, operar servicios de justicia en todos los asuntos jurisdiccionales que de conformidad con lo establecido en la Ley 446 de 1998 sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia han sido atribuidos a la Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades, así como en los asuntos jurisdiccionales relacionados con el trámite de insolvencia de personas naturales no comerciantes y los asuntos previstos en la Ley 1098 de 2006 de conocimiento de los defensores y comisarios de familia. También podrá asesorar y ejercer la representación judicial de las personas que inicien procesos judiciales de declaración de pertenencia con miras al saneamiento de sus propiedades. // 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: // a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas

La crítica que se hace a esta teoría es que no solo ejerce función administrativa la Rama Ejecutiva, pues el desarrollo de las instituciones dio lugar para que las demás Ramas del poder empezaran a ejercer funciones propias de la Rama Ejecutiva. Así entra en crisis la aplicación del criterio subjetivo u orgánico.

2. La función administrativa desde el punto de vista funcional u objetivo

Cuando se sostiene que el criterio para determinar la función administrativa será el funcional u objetivo, se hace referencia a la actividad que se desarrolla con el fin de tomar medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar (administrar) la práctica del Estado y lograr sus fines, de acuerdo con las normas generales que le dicta quien ejerce la función legislativa (que puede ser el Legislativo o eventualmente el mismo Ejecutivo cuando expide normas con fuerza de ley). Esta actividad es de carácter permanente y es de ejecución. La función legislativa será aquella que dicta normas de carácter general para todo el territorio de un Estado, de acuerdo con la Constitución, a la cual estarán sometidas tanto la función administrativa como la función judicial.

y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos. // b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral. // c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez. // d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios. // e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

Como se observa en este aparte, la función administrativa no será la realizada en forma exclusiva por la Rama Ejecutiva; cualquier órgano del Estado puede realizar dicha función. Así, las demás Ramas contratan bienes y servicios, vinculan personal a su planta, responden por las actuaciones y hechos que infieran un daño antijurídico a los administrados, expiden actos administrativos, etc. Con la evolución que hemos tenido hasta nuestros días, se amplía tanto el radio de acción que ya no solo serán las entidades públicas las que puedan ejercer función administrativa sino que también lo pueden hacer los particulares, como es obvio respetando el procedimiento establecido en la ley para realizar tal función⁸².

El Código Contencioso Administrativo colombiano es el que primero aplica el criterio funcional u objetivo, ya que en su primer artículo incluye a *todas* las autoridades del poder público que cumplan funciones administrativas e incluye, sometiendo a su control jurisdiccional, a los particulares que cumplan una función administrativa⁸³. Situación que reitera en el artículo 82 del mismo Código, modificado por el artículo 30 la Ley 446 de 7 de julio de 1998⁸⁴.

82 En Colombia la regla general la trae el inciso segundo artículo 210 de la Constitución Política ya citado. Norma constitucional desarrollada por el artículo 110 y ss. de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998 (*Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>]), sin perjuicio que otras leyes le atribuyan funciones administrativas a un particular.

83 Artículo 1.º del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1.º de 2 de enero de 1984, *Diario Oficial*, n.º 36.439, de 10 de enero de 1984, disponible en [http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html]). “Campo de aplicación. Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las Ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “autoridades”.

84 Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. (Modificado art. 30 Ley 446 de 7 de julio de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.335, de 8 de julio de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>]): “Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae una regla parecida en el artículo 2.º y el artículo 104 en el cual determinan:

Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las Ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Este criterio también sirve para explicar el concepto de función administrativa en Colombia, pero tiene una crítica importante: no se ha determinado con claridad cuándo nos encontramos frente a la función administrativa y no es claramente identificable su contenido. Con la vaguedad de este criterio, una actividad puede considerarse función administrativa y al mismo tiempo no serlo, utilizando tan solo la interpretación. Una fórmula para determinar cuándo se está utilizando este criterio es a través de las normas, por cuanto si la norma determina qué es función administrativa, no habría que analizar más el punto. El problema radica en todos los demás aspectos no regulados por las normas, en los cuales no es fácil determinar cuándo nos encontramos en frente de una función administrativa. En el caso de los particulares deberá existir por regla general una ley que permita al particular cumplir una función administrativa, se requiere que una norma haya determinado que la actividad que va a desarrollar el particular es propia de la administración.

3. La función administrativa desde el punto de vista de las prerrogativas públicas (*puissance publique*)

Este teoría fue desarrollada por el profesor, de la Universidad de Toulouse, MAURICE HAURIU. Él enseñaba que “el poder administrativo es, desde el punto de vista jurídico, el elemento primordial del régimen

administrativo”⁸⁵. Es desde este punto de partida que niega la teoría de los servicios públicos como fundamento para determinar qué es la función administrativa y cuándo aplicar el derecho administrativo. La escuela de Burdeos fundamentaba toda su teoría para la aplicación del derecho público en los servicios públicos. Es una teoría finalista: el Estado tiene como finalidad prestar los servicios públicos.

HAURIUO, sostenía que lo importante era el poder administrativo; que lo que en realidad determina la existencia de una función administrativa no es la finalidad perseguida (en este caso los servicios públicos), sino cómo llegó a cumplir ese fin (los medios utilizados). Si aplicó una prerrogativa pública, esto es un poder exorbitante de la administración, claramente debemos aplicar derecho administrativo y, como consecuencia, estamos realizando una función administrativa. En la teoría de las prerrogativas públicas, la administración pública es la organización del poder administrativo. Es así como el derecho administrativo, que es el propio derecho de la administración pública, se puede explicar a partir de la reglamentación de los poderes de la administración (*puissance publique*).

Como lo ha dicho JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA:

Existe administración pública y derecho administrativo cuando se han atribuido funciones al poder Ejecutivo para atender el interés general y los servicios públicos, dotados de especiales poderes y prerrogativas, a las que se denominó *puissance publique*⁸⁶

Esta prerrogativa pública, actividades de la administración pública, que no comprende solo la realización de la función, es un verdadero ejercicio de poder; no se limita a proponer servicios facultativos: en principio, los impone, sus agentes poseen el ejercicio de la *puissance publique* y sus decisiones son ejecutorias, en principio, por sí mismas.

Conviene en este sentido hacer una distinción entre dos prerrogativas, que siempre deben respetar el principio de legalidad: 1.^a La existencia de derechos exorbitantes que se derivan de la *puissance pu-*

85 MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, 11.ª Edition, Paris, Sirey, 1927, p. 7. Traducción libre.

86 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, “Introducción y conceptos de administración pública y derecho administrativo”, Bogotá, Externado, 1996, p. 94.

blique. Derechos exorbitantes diferentes a los existentes en el derecho común; y 2.^a La prerrogativa de la acción oficiosa o del procedimiento por decisiones ejecutorias, que permiten a las administraciones públicas el ejercicio de sus derechos mediante un acto extrajudicial rápido y ventajoso.

Es así como, al someter toda la actuación al derecho público, la prerrogativa se convierte en una importante arma para cumplir los fines de la administración.

La crítica que se le hace al trabajo de HAURIUO, es que demuestra que la administración pública no solo actúa con prerrogativas de poder, sino que existen ocasiones en las que entidades estatales lo hacen igual que los particulares. Esto sin contar que, en estos momentos, los fines del Estado no se dirigen hacia los servicios públicos, sino hacia el Estado social, es decir, la igualdad real de todos los administrados y su bienestar dentro de la comunidad.

En Colombia por la influencia francesa, en el campo del derecho administrativo se han reflejado en los Códigos Contencioso Administrativo y el Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso: teorías del acto administrativo, operaciones administrativas, decisiones ejecutorias, recursos, etc., como por ejemplo, en el de los contratos: Decreto 222 de 2 de febrero de 1983⁸⁷, Ley 80 de 1993⁸⁸, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁸⁹ y Ley 142 de 1994⁹⁰ en el campo de las cláusulas exorbitantes; en derecho urbano, Ley 9.^a de 11 de enero de 1989⁹¹ y Ley 388 de 18 de julio de 1987⁹²: con la expropiación forzosa.

87 *Diario Oficial*, n.º 36.189, de 6 de febrero de 1983, disponible en [http://www.creg.gov.co/html/Ncompila/htdocs/Documentos/Energia/docs/decreto_0222_1983.htm].

88 Ya citada.

89 *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>].

90 Ya citada.

91 *Diario Oficial*, n.º 38.650, de 11 de enero de 1989, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1175>].

92 *Diario Oficial*, n.º 43.091, de 18 de julio de 1997, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=339>].

4. Aplicación en Colombia de los criterios que determinan la función administrativa

Para el caso colombiano, es claro que han existido influencias de todas las teorías explicadas en este documento. Desde antes de aparecer el Código Contencioso Administrativo de 1984 se aplicaba en Colombia el criterio subjetivo u orgánico y era la Rama Ejecutiva la que ejercía la función administrativa⁹³.

Con el Código Contencioso de 1984, se empieza a utilizar el criterio objetivo o sustancial, cuando permite la entrada de los demás organismos que no se encuentran en la Rama Ejecutiva, como Contraloría, Procuraduría, Corte Electoral, etc. Lo importante es la actividad y no el órgano que la ejecute. Norma que se ha mantenido con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.

El principal contenido que debe tener la función administrativa para el ejercicio de sus funciones, son las prerrogativas públicas, que le permiten colocarse en posición de superioridad sobre los administrados permitiéndole desarrollar sus fines. Fines que de acuerdo a la concepción de Estado que nos trajo la Constitución Política de 1991, lo convierte en el Estado social.

Como consecuencia de lo anterior, la función administrativa incluye los tres conceptos: por un lado, la regla general, las actuaciones que realicen las entidades de la Rama Ejecutiva en el campo de la función administrativa aplicándoseles derecho administrativo⁹⁴ (criterio orgánico); a las demás entidades del Estado y los particulares que realicen una función administrativa también se les aplicará derecho administrativo (criterio funcional) y además de lo anterior, la principal forma para determinar que se está frente a una función administrativa, será cuando se utilice una prerrogativa pública. A todos estos criterios recién mencionados les debemos incluir un criterio teleológico y este es el que nos trae el artículo 1.º de la Constitución Política de 1991, que es la búsqueda del Estado social.

93 El Consejo de Estado en providencias de 1971, ya había dicho que no solo se debía aplicar el criterio orgánico para determinar cuándo el Estado esta ejerciendo una función administrativa.

94 Actos administrativos, contratos públicos, aspectos laborales, etc.

Lo más importante, por lo cual los doctrinantes y la jurisprudencia han buscado con afán la definición del criterio de función administrativa, es que a través de éste es que se determina el derecho que se debe aplicar, esto significa que si alguna entidad o persona desarrolla este tipo de función, se somete a un derecho especial y a una jurisdicción diferente. Que en el caso de Colombia sería el derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa.

IV. LA RELACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS SERVICIO PÚBLICO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Analizados los conceptos de servicio público y de función administrativa, para el desarrollo de este estudio es importante determinar cuándo una empresa de servicios públicos puede ejercer una función administrativa, por cuanto –como hemos observado– son dos conceptos diferentes los que en momentos determinados se pueden interrelacionar. Es así como en la primera parte de este literal desarrollaremos cómo, teóricamente, a partir de postulados constitucionales y legales una entidad que presta servicios públicos puede ejercer función administrativa y en segundo lugar, qué ha ocurrido con la jurisprudencia de las altas cortes que han desarrollado este tema.

A. Las entidades prestadoras de servicios públicos y la función administrativa

Como habíamos observado en el desarrollo del concepto función administrativa, se determinó que, por regla general, cuando una entidad de la Rama Ejecutiva desarrollaba alguna actividad, se entendía que ejercía una función administrativa propia del Estado⁹⁵, además que por esa circunstancia, al ejercer una función administrativa, estaría sometido, como ya lo hemos sostenido, al derecho administrativo. Lo que en un diagrama sería:

ENTIDAD ESTATAL = DERECHO ADMINISTRATIVO = JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

95 Concepto de función administrativa según el criterio orgánico.

En el caso de los servicios públicos, la situación es muy diferente, por cuanto la Constitución Política determinó que los servicios públicos se prestarán de acuerdo al régimen jurídico que fije la ley⁹⁶. Es por esto que en el campo de los servicios públicos el régimen jurídico puede ser público, privado o mixto y dependerá de la voluntad del legislador cuál, según la oportunidad y conveniencia del sector respectivo, aplicar.

Observamos cómo desde el punto de vista constitucional, se adoptó en Colombia un criterio funcional para definir el concepto de servicio público, esto es, que no importa el sujeto que lo presta, sino la naturaleza y los caracteres que presenta lo que lo define. La Corte Constitucional sobre este punto expreso:

Factores como el cambio en tales tendencias y la rápida evolución tecnológica, han llevado a que sea cada vez menos importante la naturaleza pública o privada del órgano que desarrolla la actividad, para determinar si se está frente a un servicio público. Por el contrario, el ritmo acelerado de estas transformaciones lleva a que adquiera mayor relevancia la función que tiene una determinada actividad en la sociedad, para efecto clasificarla como servicio público. De tal forma, se permite que el Estado logre sus objetivos sociales a través de diversos mecanismos, sin que sus posibilidades de acción queden limitadas a la prestación directa de los servicios públicos.

Acorde con tal realidad, nuestro sistema jurídico ha acogido un criterio predominantemente funcional, como herramienta flexible para establecer cuándo se está frente a un servicio público. Así se evidencia ya en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado que el carácter de servicio público no depende de quién desarrolle la actividad, sino de las funciones sociales que ésta cumple. Al respecto, en una decisión de 1970, esa Corporación sostuvo que un servicio público es "... toda actividad [tendiente] a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas⁹⁷.

Es por esto que, a pesar que sea una empresa estatal la que preste el servicio público, el régimen jurídico no será en forma necesaria el derecho administrativo, ya que como lo hemos dicho será el que fije el legislador. El régimen lo fija la función sin importar quien lo preste.

96 *Supra* I.E.3.c.

97 Corte Constitucional. Sentencia T-520 de 26 de junio de 2003, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-520-03.htm>].

Con la Constitución de 1991, se liberalizaron los servicios públicos y con esto se abrió la posibilidad para que los particulares pudieran prestarlos. Antes de la expedición de esta norma, los particulares no podían desarrollar directamente esas actividades, por cuanto estaban reservadas al Estado, el cual podía darlas en concesión a los particulares.

Con esto observamos que lo que busca el legislador es que los servicios públicos se presten en condición de competencia y no que fueran un monopolio del Estado. La norma permite a los particulares y al Estado prestar servicios públicos pero buscando que sea en condición de competencia. Se acabó así el monopolio que hasta ese momento tenía el Estado al ser el único autorizado para prestarlo.

Las diferentes normas que han desarrollado el artículo 365 de la Constitución Política, han buscado que el régimen jurídico que regule a las diferentes empresas que vayan a prestar servicios públicos, sea el derecho privado y les incluyen algunas excepciones. Es por lo anterior que en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, la regla general es que se aplique el derecho privado, pero también incluye normas de derecho público, esto significa que para este campo el derecho a aplicar sería mixto. Además que quien preste los servicios públicos – así sea un particular quien lo preste– podrá aplicar normas de derecho público, este es un ejemplo de un particular realizando de forma estricta una función administrativa⁹⁸.

Como conclusión observamos que no podemos igualar servicio público con función administrativa, pero por la importancia que reviste y los efectos que tiene para la comunidad, la protección de los derechos de los asociados podría llevar a que los dos conceptos se asimilen. La prestación de los servicios públicos son importantes para el bienestar de la comunidad, de acuerdo con nuestra Constitución son inherentes a la finalidad social del Estado, el control, la regulación y la vigilancia está en cabeza del mismo, aún mas importante es garantizar el servicio como su deber, lo que sumado a pronunciamientos de la Corte significa que por prestar un servicio público se está realizando una función administrativa por parte del Estado o del particular.

98 En el caso de los contratos que realizan las empresas de servicios públicos, la regla general es la aplicación del derecho privado, pero permite a cualquier prestador incluir cláusulas excepcionales (lo que es función administrativa) sometiéndolo al derecho administrativo.

Esto no quiere significar que porque presten un servicio público no puedan, si lo autoriza la ley, ejercer prerrogativas propias de las entidades públicas, y ahí claramente ejercer función administrativa. Como lo hemos sostenido desde el principio, el concepto de servicio público no es uno que tenga claridad o definición exacta en la jurisprudencia, al no ser pacífica, nos corresponde la tarea de buscar una definición y unas características que sean afines con el marco constitucional e ideológico colombiano.

Lo avances hacia la visión de que los servicios públicos son una función administrativa lo traen las normas y la jurisprudencia con el avance del tiempo: en el caso de las empresas que tengan participación mayoritaria del Estado, están sometidas a los principios de la función administrativa. Por ejemplo, si una empresas de servicios públicos mixta o pública realiza un proceso de selección contractual para comprar una tubería, a pesar de ser una actividad de gestión privada propia de su objeto social, se deberá someter a los principios de función administrativa⁹⁹. Donde exista un peso del Estado en una empresa, se entiende que es mixta y por lo tanto es una entidad estatal¹⁰⁰.

B. Jurisprudencia sobre las relaciones entre los Servicios Públicos y la función administrativa

1. Jurisprudencia acerca de el servicio público como función administrativa

En la época de la escuela de Burdeos, al definir que la razón de ser del Estado es prestar servicios públicos, determinó que cuando se prestara uno se aplicará un derecho diferente que era el público y la jurisdicción contencioso administrativa. Como vimos en la evolución del concepto de servicio público, esto cambio para determinar que lo más importante no era que el Estado prestará los servicios públicos, sino que garantizara los mismos.

99 Artículo 13 Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

100 Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, M. P: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>].

En el caso de Colombia, con la Constitución de 1991 los servicios públicos no son la razón del Estado, son necesarios para el cumplimiento de los mismos. Ahora nos encontramos en un Estado social de derecho y la función administrativa es determinada por la Constitución, en este sentido, de acuerdo a esta posición, las diferencias entre servicio público y función administrativa no deberían encontrarse.

La Corte Constitucional en sus primeros años, determinó que :

La noción conceptual de “servicio público” es una de las más adecuadas para justificar el carácter de *ius infieri* atribuido o reconocido al *derecho administrativo*¹⁰¹. (Resaltado fuera de texto).

Es también por esa circunstancia que cita en varias providencias referidas a los servicios públicos, el artículo 209 de la Constitución Política¹⁰², lo que significa una aceptación de que los servicios públicos y la función administrativa son lo mismo:

Si bien la eficacia y la economía son notas características de la *función administrativa* en un Estado social de derecho, ellas adquieren todavía más fuerza tratándose de la prestación de un servicio público (arts. 209 y 365 C. P.) dirigido a satisfacer necesidades de interés general y permanente, íntimamente ligadas a la economía, bienestar y calidad de vida de los habitantes.

Más adelante sostuvo lo siguiente:

No encuentra esta Corporación motivos suficientes que permitan deducir la vulneración de los derechos fundamentales de los pacientes como consecuencia de la decisión de facturar y cobrar conjuntamente servicios públicos por parte de las empresas encargadas de su prestación. La técnica de cobro simultáneo de tarifas, siempre que ella no comporte una prestación más gravosa para el ciudadano al momento de presentar reclamos, cancelar individualmente los servicios, etc., no viola la Constitución. Por el contrario, la decisión de hacer más eficiente y efectivo el cobro de tales servicios, *es consistente con el artículo 209 de la Constitución, el cual establece el principio de eficacia de la función*

101 Corte Constitucional. Sentencia T-578 del 3 de noviembre de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>].

102 Artículo 209 C. P. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

administrativa, a la vez que redunda en beneficio de la propia comunidad”¹⁰³. (Resaltado fuera de texto).

Reiterando la jurisprudencia, el año siguiente la Corte sostuvo:

El servicio público de interés general prestado por un particular –como en el caso de servicio de correos–, hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio (art. 365 C. P.).

En los tres casos a que se refiere el artículo 365 de la Constitución –directo, indirecto o por un particular–, hay un ejercicio del poder público, por lo que frente a la vulneración de un derecho fundamental, el destinatario de la acción de tutela es la autoridad pública que surge de la actividad del particular en la prestación de un servicio público.

Esta ampliación del sujeto que presta el servicio público y por ende adquiere el estatus de autoridad pública, contribuye, como sostuvo la Corte Constitucional ‘a que a través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva’.

Este tránsito se ha derivado de la extensión de la democracia política, del paso de la publicación del agente a la publicación del resultado de la actividad administrativa, siendo meramente instrumental la naturaleza de la organización encargada de su tutela. Lo público, hoy día, estriba en la obtención de determinados resultados sociales mediante la intervención, aunque sea parcial, de un aparato público. Ello hace que el énfasis del derecho público deba trasladarse a la creación de ordenamientos sectoriales que aseguran la definición democrática del resultado querido (el interés social) y la tutela del mismo.

También la Corte lo ha utilizado para proteger el derecho de petición: sostiene que cuando un particular presta un servicio público, puede ser sujeto al derecho de petición cuando actúa como autoridad o si es necesario para proteger otros derechos fundamentales¹⁰⁴. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al decir que cuando se

103 Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992, cit.

104 Corte Constitucional. Sentencia SU-166 de 17 de marzo de 1999, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/SU166-99.htm>].

presta un servicio público se esta actuando con autoridad, ejerciendo una actividad de naturaleza pública, lo cual observamos en el siguiente pronunciamiento:

... En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela se encamina a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos no sólo frente a los posibles desbordamientos de la autoridad del Estado, sino también de los particulares, cuando éstos, investidos de poder en virtud de la prestación de un servicio público, asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar derechos constitucionales.

... Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional, el Estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente privado *el ejercicio de una función de naturaleza pública*, en ejercicio de la cual puede amenazar o llegar a vulnerar el derecho de petición de otros particulares. En consecuencia, es perfectamente válido sostener que la conducta desplegada se enmarca dentro del supuesto contenido en el artículo 23 de la Carta Política, pues proviene de una autoridad pública¹⁰⁵. (Resaltado fuera de texto).

En este campo lo que estaría sosteniendo la alta corporación es que una empresa que presta servicios públicos son *todas* entidades que ejercen una función pública. Esto significa que para estos casos, la empresas que prestan servicios públicos están realizando una función administrativa y por ende pública.

En lo relacionado con el derecho de petición, debe entenderse, porque en ese aspecto no ha cambiado esta posición, que a las solicitudes realizadas por los usuarios las empresas públicas, privadas o mixtas son autoridades. El Consejo de Estado en la Sala de Consulta defiende esta posición de la aplicación del derecho de petición, pero justificado en la posición de superioridad que tienen las empresas de servicios públicos con los particulares¹⁰⁶.

105 Corte Constitucional. Sentencia T-638 del 4 de noviembre de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-638-98.htm>].

106 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 1260 de 24 de febrero de 2000, C. P.: CÉSAR HOYOS SALAZAR, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4478>].

En otros campos, el Consejo de Estado en algunos de sus pronunciamientos ha sostenido que por el servicio público se convierte el prestador en una autoridad en ejercicio de una función administrativa, como es en el caso de la contratación de las empresas de servicios públicos¹⁰⁷. Para utilizar la acción constitucional de cumplimiento, la cual se autorizó¹⁰⁸.

De acuerdo a estos pronunciamientos de la Corte, se observa que la función administrativa y los servicios públicos están dentro del mismo concepto. Esta posición cambia en 2001, cuando se busca ya diferenciar entre uno y otro y ver en qué forma se entrelazan los dos conceptos. El criterio de determinar que los servicios públicos son parte de la función administrativa ha empezado a coger de nuevo fuerza entre las altas Cortes, por lo que se analizarán esas nuevas posiciones más adelante en este trabajo.

2. Jurisprudencia que diferencia los conceptos servicio público y función administrativa.

Tesis mixtas en el campo de los servicios públicos

De acuerdo al criterio subjetivo u orgánico que mencionamos antes, se da por sentado que todo lo que tenga relación con el Estado suponemos que es función pública. De acuerdo a esta posición, esto no es así: la Constitución distingue los conceptos función pública y servicio público dándoles unos alcances diferentes, lo que impide que se les pueda asimilar.

La función pública la realizan sobre todo las entidades estatales a través de los servidores públicos, es por eso que servidor público es aquel que realiza, por regla general, a cualquier título una función pública¹⁰⁹. Pero no es el único que puede hacerlo, el particular también lo puede hacer¹¹⁰ si cumple con los requisitos que nos trae la Constitución

107 Consejo de Estado. Expediente S-701 de 23 de septiembre de 1997, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, disponible en [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920417361f034e0430a010151f034].

108 Consejo de Estado. Sentencia ACU-615 de 10 de marzo de 1999, C. P.: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE.

109 Artículos 113, 122, 123, 125 de la Constitución Política.

110 Artículos 123 y 210 *ibíd.*

Política y la ley¹¹¹. Así mismo, quien ejerce una función administrativa estará sometido a un derecho especial, el derecho administrativo.

En cambio los servicios públicos son regulados por los artículos 365 a 370 de la Constitución Política, y el mismo constituyente las separó en las funciones que le otorgó al Congreso para hacer las leyes¹¹². Además que el régimen jurídico que debe aplicar quien preste los servicios públicos, como vimos antes es el que fije el legislador y que, por tanto, la regla general no será la de aplicar el derecho administrativo.

No se podría asimilar la función administrativa con el servicio público, lo que podemos mostrar en las siguientes diferencias¹¹³:

– La actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad¹¹⁴.

– Las funciones públicas la ejercen los servidores públicos y solo de manera excepcional la pueden ejercer los particulares¹¹⁵.

– Las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, están reservadas por mandato constitucional al Estado, en cabeza del Presidente de la República.

– En cambio la prestación de los servicios públicos, que como hemos dicho no es una función administrativa, puede ser realizada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas.

– El régimen jurídico de quien ejerce una función administrativa será el derecho administrativo.

– El régimen jurídico de quien preste un servicio público será el que determine la ley.

111 Ver en este capítulo III.B.1.

112 Artículo 150 Constitución Política: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

113 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8250>].

114 Artículo 365 C. P.

115 Artículo 123 C. P.

Como lo ha dicho la Corte, en relación con prerrogativas y facultades de las empresas de servicios públicos, en Sentencia C-558 de 31 de mayo de 2001¹¹⁶:

Debe reiterarse lo sostenido por esta Corporación, en el sentido de que el otorgamiento a las empresas de servicios públicos de una gama de facultades, prerrogativas y privilegios propios de las autoridades públicas busca propiciar y favorecer la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, al amparo de la regulación, el control y la vigilancia que el Estado se reserva para sí con exclusividad, en su tarea de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios a todos los habitantes del territorio nacional. Sentido teleológico éste que a su turno implica un permanente examen sobre el acontecer administrativo de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, en el entendido de que ese conglomerado de atribuciones, derechos y prerrogativas de autoridad pública que pueden ejercer los agentes prestadores de dichos servicios *no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social.* (Resaltado fuera de texto).

La Sentencia que determinó con claridad esta posición, es la C-037 de 2003¹¹⁷, la cual expuso la diferencia entre los dos conceptos:

4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 Superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser

116 M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-558-01.htm>].

117 Ya citada.

encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, –que en si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas–, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica per se dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 Superior, cuando el Estado se reserva para si la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública¹¹⁸.

Aquí se ve la diferencia que hay entre servicio público y función administrativa, de acuerdo a esta posición, el servicio público no es función administrativa. Solo se ejercerá función administrativa cuando se utilicen potestades o facultades excepcionales, por lo tanto no importará si la naturaleza de la empresa es pública, mixta o privada.

118 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003, cit.

3. Los servicios públicos como función administrativa. ¿Un nuevo retorno?

Como ya lo señalamos, se asimilaba desde 1992 hasta 2001¹¹⁹, el concepto de servicio público con el de función administrativa. El fundamento principal es que a través de los servicios públicos se materializan los fines del Estado. Como lo sostuvo en sentencia la Sala de Unificación de la Corte Constitucional:

Con la expedición de la Carta Política de 1991, la función administrativa ganó especial configuración y distinción, en particular, a luz de la vinculación de los particulares con su cumplimiento. A este respecto, el artículo 209 de dicho ordenamiento la pone al servicio de los intereses generales bajo la aplicación de unos principios específicos –igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad–, destacando que la función administrativa está llamada a desarrollarse mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Tal mandato es complementado por el artículo 210 del propio ordenamiento Superior, que, además de reconocer en los principios que orientan la actividad administrativa el fundamento en la génesis de las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios, expresamente habilita a los particulares para cumplir funciones administrativas en los términos que defina la ley; esto último, sobre la base de que el propio texto Superior promueve la participación privada en el campo de las funciones o potestades propias del Estado, como ocurre por ejemplo en el caso específico de los *servicios públicos* (art. 365 C. P.)¹²⁰ (Resaltado fuera de texto).

Con el desarrollo jurisprudencial¹²¹ y las tendencias jurídicas¹²², se observa que cada vez más se busca la forma de llevar a quienes presten servicios públicos, a que su actividad sea considerada una función administrativa.

119 Sentencias T-548 de 1992, cit.; SU-166 de 1999, cit.; T-638 de 1998, cit.; C-815 de 2 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>], entre otras.

120 Corte Constitucional. Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34920>].

121 Sentencias C-736 de 2007, cit. y SU-1010 de 2008, cit.

122 Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cit.

El concepto “servicio público”, como todos los demás existentes en el ámbito del derecho, es solo una categoría jurídica¹²³ y por lo tanto, determinada más por la necesidad política que por la antológica. El establecimiento de un régimen jurídico especial para los servicios públicos es por regla general propio de los países que tienen niveles de desarrollo tales, que la economía de mercado por sí sola no está en condiciones de garantizar o procurar el desarrollo de servicios universales, y, por lo tanto, el Estado debe operar como factor de equilibrio entre los sectores que se manifiestan en la sociedad.

Con independencia de la teoría que se adopte, la existencia del concepto servicio público en nuestro orden jurídico es una realidad a todas luces indiscutida, tanto en múltiples disposiciones de la Constitución Política¹²⁴ como en la Ley 80 de 1993¹²⁵ y en el Código Sustantivo del Trabajo¹²⁶, además de las leyes 142¹²⁷ y 143¹²⁸ ambas de 11 de julio de 1994, a las que se hará referencia en este trabajo parten de la existencia de esta modalidad de servicio, que corresponde a actividades que satisfacen necesidades generales, individuales o colectivas, en forma permanente y continua.

123 En el mismo sentido, ver JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1988.

124 Entre otras disposiciones de la Constitución Política, se hace referencia al concepto “servicios públicos” en los siguientes artículos: 48, 49, 56, 86, 106, 150.23, 189.22, 289, 302, 311, 319, 334, 365 y 367 a 370.

125 El numeral 3 del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, cit., define los servicios públicos como: “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

126 Artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 de 5 de agosto de 1950, “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”, *Diario Oficial*, n.º 27.407, de 9 de septiembre de 1950, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>]), modificado por el Decreto Extraordinario 753 de 5 de abril de 1956, *Diario Oficial*, n.º 29.019, de 25 de abril de 1956, disponible en [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0753_1956.htm], que en su artículo 1.º modifica el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, para que los servicios públicos domiciliarios se definan como: “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas...”.

127 Ya citada.

128 *Diario Oficial*, n.º 41.434, de 12 de julio de 1994, disponible en [http://www.upme.gov.co/normatividad/upme/ley_143_1994.pdf].

Los servicios públicos, cuyo objetivo es el bienestar de la sociedad, son inherentes a la finalidad del Estado, por lo que su titularidad estará siempre en cabeza del Estado, sin importar quien los preste. Esta visión es la que ha llevado a que la prestación de los servicios públicos se vaya convirtiendo poco a poco en una función preponderantemente administrativa. En el caso de los servicios públicos domiciliarios, se ha sostenido que donde exista un peso del Estado nos encontramos frente a una entidad pública, inclusive sus trabajadores son servidores públicos¹²⁹; desde el punto de vista contractual, para las empresas que tengan participación mayoritariamente estatal, incluyeron la obligatoriedad de cumplir los principios de la función administrativa¹³⁰. Cualquier entidad que preste servicios públicos y además que haya participación del Estado, deberá por ese hecho aplicar los principios de la función administrativa, aplicando el criterio orgánico.

V. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

No existe antes de la Constitución de 1991 referencia expresa a los servicios públicos domiciliarios, es un concepto nuevo que trae consigo varias consecuencias importantes para el desarrollo normativo del país como es tener una protección especial por parte del Estado y varios artículos constitucionales que hacen referencia a ella.

En el desarrollo de este tema detallaremos cuáles son sus características constitucionales más importantes, cuál es el concepto que nos trae las altas cortes y la creación de nuestro propio concepto, al final desarrollaremos el marco legal existente para mostrar cuáles son los que el constituyente considera servicios públicos domiciliarios.

A. Aspectos constitucionales del servicio público domiciliario

En primer lugar, los servicios públicos domiciliarios son una especie de los servicios públicos, en ese sentido, comparte todas las características propias de éstos: son inherentes a las finalidades sociales del Estado, deben prestarse en forma eficiente a todos los habitantes, el

129 Corte Constitucional. Sentencia C-736 del 17 de septiembre 2007, cit.

130 Artículo 13 Ley 1150 de 2007, cit.

régimen jurídico será el que determine la ley, pueden ser prestado por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas, el Estado mantendrá su regulación, vigilancia y control (art. 365 C. N.).

Buscan como objetivo fundamental solucionar actividades insatisfechas de la población, recordándonos que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado (art. 366 C. N.).

La ley determinará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura y calidad. También determinará los derechos de los usuarios. Lo que muestra obligaciones de las empresas y la forma en que se va a proteger a los usuarios (arts. 367 y 369 C. N.).

Por la prestación del servicio público los usuarios deberán pagar una tarifa, que debe tener además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de los ingresos (art. 367 C. N.). Esto significa que la prestación del servicio no puede ser gratuita. Pero para las personas de menores ingresos se determinan los subsidios, que se nutren del mayor valor que pagan por contribución los estratos 4, 5, 6 e industrial y comercial, y de los aportes para subsidios que las diferentes entidades del Estado concedan en sus presupuestos (arts. 367 y 369 C. N.).

Le corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de la administración y el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos (art. 370 C. N.).

B. Concepto de servicio público domiciliario

No existe en la doctrina extranjera una construcción con relación a los servicios públicos domiciliarios, existen algunas referencias en Argentina¹³¹ y Ecuador¹³², pero como protección a los consumidores.

131 Ley 24.240 de 22 de septiembre de 1993, de defensa del consumidor, disponible en [<http://www.informatica-juridica.com/anexos/ley-24-240-de-22-de-septiembre-de-1993-de-defensa-del-consumidor/>] y la Ley 1597 de 15 de diciembre de 1994, Ley orgánica de municipalidades y comisiones de fomento, disponible en [<http://www.lapampa.gov.ar/leyes-de-consulta-frecuentefrecuente/32904-ley-n-1597-ley-organica-de-municipalidades-y-comisiones-de-fomento.html>].

132 Ley orgánica de defensa del consumidor, de 4 de julio de 2000, *Registro Oficial*, n.º

Es así que la creación de una teoría acerca de esta clase de servicios públicos proviene de Colombia.

Los servicios públicos se caracterizan como aquellos que están asociados al domicilio y no a las personas, que se prestan a través de redes físicas y humanas, que el legislador por sus efectos sociales los define como tales a fin de que tengan un tratamiento especial.

La Corte Constitucional expreso lo siguiente:

dentro de las modalidades de los servicios públicos, la Constitución le dio especial relevancia a los de carácter domiciliario, que han sido definidos por esta Corporación como *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas, es decir, deben ser considerados como servicios públicos esenciales. En artículo 367 de la Constitución, dejo a la configuración del legislador la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Igualmente, la ley debe determinar las entidades competentes para fijar las tarifas*¹³³. (Resaltado fuera de texto).

Los servicios públicos domiciliarios, como lo expresamos antes, son una especie del genero servicio público, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia en su artículo 367 y siguientes, es por esa circunstancia que comparte los elementos propios de los servicios públicos¹³⁴.

De acuerdo con la definición otorgada por la propia Corte Constitucional y su relación de género o especie con los servicios públicos, podemos concluir desde un punto de vista teleológico, que lo que determina que un servicio público sea domiciliario son las siguientes circunstancias: 1. Puede ser prestado directa o indirectamente por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas; 2. Están en cabeza del Estado, debe garantizar su prestación y también tendrá la

116 de 10 de julio de 2000, disponible en [<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M5Gz5D030wgj:www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec053es.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&client=safari>].

133 Corte Constitucional. Sentencia C-353 del 9 de mayo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-353-06.htm>].

134 Corte Constitucional. Sentencia C-035 del 30 de enero de 2003, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-035-03.htm>].

regulación, el control y la vigilancia dentro de su competencia; 3. Llega hasta la vivienda o lugar de trabajo de los usuarios, tiene un punto terminal; y 4. Esta destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas, tiene relación directa con su calidad de vida, es en concreto, parte de su día a día.

Las características relevantes de los servicios públicos, lo ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia C-353 de 2006 ya referida:

... esta Corporación ha indicado las siguientes: (i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos¹³⁵.

Después de pensar una definición de los servicios públicos domiciliarios, el legislador colombiano ha terminado estableciendo un criterio de derecho positivo según el cual los servicios públicos domiciliarios son aquellos definidos como tales en las leyes 142 y 143 de 1994 ya citadas, por cuanto, de no hacerlo así y si se tomara una definición amplia del concepto de servicio público domiciliario, tendríamos que incluir otros servicios tales como internet, celulares, correo, RDSI, etc., y dado el efecto social que tiene la calificación de servicio domiciliario, no parece pertinente que servicios no esenciales obtengan esta calificación.

El hecho de tener que recurrir al método del derecho positivo para calificar unas actividades como servicios públicos domiciliarios nos permite afirmar que la ecuación Ley 142 de 1994 igual a ley de los servicios públicos domiciliarios no es correcta, pues pueden existir servicios que “materialmente” son domiciliarios pero no se someten a

135 Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2006, cit.

la regulación especial de la ley, como también en algunos casos, existen actividades que no son asimilables materialmente a un servicio domiciliario pero por mandato de la ley su régimen les es aplicable: tal es el caso del corte de césped, el lavado de vías públicas y la poda de árboles¹³⁶.

De acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 142 de 1994 se aplica a lo siguiente: a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley.

Se excluyó de la aplicación de la mencionada ley a la telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, las cuales fueron reguladas por la Ley 1341 de 30 de julio de 2009¹³⁷. Sin embargo, esta última en su artículo 23 precisó que les será aplicable la Ley 142 de 1994 en lo establecido en los artículos 4.º sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario y el Título Tercero, artículos 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores.

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SEGÚN LA LEY 142 DE 1994

De conformidad con los artículos 1.º y 14 de la Ley 142 de 1994, son servicios públicos domiciliarios los siguientes:

1. El acueducto o agua potable, definido legalmente como “la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades

136 En tal sentido cfr. los artículos 1.º de la Ley 632 de 29 de diciembre de 2000, “por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996”, *Diario Oficial*, n.º 44.275, de 29 de diciembre de 2000, disponible en [http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/2000/ley_0632_2000.pdf] y 1.º de la Ley 689 de 28 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.537, de 31 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4633>].

137 *Diario Oficial*, n.º 47.426, de 30 de julio de 2009, disponible en [http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3707_documento.pdf].

complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte” (art. 14.22).

2. El de alcantarillado, definido legalmente como “la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y acueductos. también se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos” (art. 14.23).

3. El de aseo, definido legalmente como “la recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. también se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos. “Igualmente se incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías públicas; de lavado de estas áreas, transferencias, tratamiento y aprovechamiento” (art. 14.24, mod. art. 1.º Ley 689 de 28 de agosto 2001¹³⁸).

4. El de energía eléctrica, definido legalmente como “el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión” (art. 14.25).

5. El de gas combustible, definido legalmente como “el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería o cualquier otro medio, desde el sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria” (art. 14.28).

VII. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994

Antes determinamos que la Ley 142 de 1994 no era igual a Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto en primer lugar no están

138 Ya citada.

todos los servicios públicos que por definición son domiciliarios, en segundo lugar no todos los servicios públicos que enuncia la ley llegan al domicilio y existen algunas actividades que no son servicios públicos domiciliarios pero que están incluidas en la ley, con la modificación realizada por la Ley 689 de 2001 (corta de césped, poda de árboles y lavado de vías).

Como lo expresa la Corte Constitucional, la Ley 142 de 1994 no se circunscribe a regular única y exclusivamente los servicios públicos domiciliarios, sino también las actividades complementarias, las actividades de quienes prestan el servicio, entre otros:

Por último, cabe agregar que no le asiste razón al demandante cuando afirma que la Ley 142 de 1994, por el hecho de decir “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, regula exclusivamente los referidos servicios, descartando todas las disposiciones que no se refieran directamente a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Pues como bien claro resulta, el propio artículo 1.º de la mencionada ley dispone que allí están reguladas, además, las actividades que realizan las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 ibídem, las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del título preliminar y, finalmente, los otros servicios previstos en normas especiales de la misma ley. De lo cual se concluye que la Ley 142 de 1994 no tiene un ámbito de aplicación restringido a los servicios públicos de carácter domiciliario sino que abarca otros tópicos conexos, entre los cuales milita la norma parcialmente acusada, tal como quedó integrada al universo de la Ley 142 de 1994¹³⁹.

Por tanto, el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 se aplica a los servicios públicos domiciliarios, las actividades complementarias a los servicios públicos, y las entidades prestadoras de servicios públicos.

A. Los servicios públicos domiciliarios

En este aparte del ámbito de aplicación la norma se ocupa de la regulación de los servicios públicos domiciliarios en sentido objetivo, es decir, la ley, en desarrollo de claros mandatos constitucionales consagrados en los artículos 365 a 370, se ocupa en detalle del establecimiento de

139 Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2003, cit.

las normas y principios aplicables a los servicios que, según hemos visto, la propia ley clasifica bajo la denominación de servicios públicos domiciliarios. En este punto la preocupación de la ley es fundamentalmente la actividad “completa” que satisface una necesidad general y permanente, no se ocupa de las etapas de la misma ni del sujeto que se encarga de prestarla, los cuales están determinados en el artículo 1.º de la Ley 142 de 1994: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible. Éstos están definidos en el artículo 14 de la Ley 142.

B. A las actividades complementarias a los servicios públicos

En segundo lugar, la ley se aplica a las actividades complementarias de los servicios públicos domiciliarios y normalmente se denomina actividades complementarias a las etapas del servicio que no constituyen por sí mismas la prestación completa de las actividades propias del servicio, pero que constituyen etapas o partes esenciales del mismo. La desagregación de los negocios en procura de lograr una mayor eficiencia en su prestación hace recomendables desagregaciones horizontales de los diferentes servicios que presta en forma integrada un mismo proveedor, esto facilita las condiciones de concurrencia en los mercados pero además, hace recomendables las desagregaciones verticales de los mismos –esto es, separar etapas en la realización de cada uno de los servicios– y cuando se realizan las desagregaciones verticales del negocio surgen operadores que sin prestar la totalidad del servicio se ocupan de una etapa, lo que les permite aprovechar ventajas comparativas en su prestación: a estos prestadores de etapas del servicios les es aplicable la Ley 142 de 1994. El mismo artículo 14 de la ley al definir cada uno de los servicios públicos, expresa en forma enunciativa cuáles son las actividades complementarias, sometiéndolas también al mismo régimen de los servicios públicos domiciliarios, esto es la Ley 142.

C. Las entidades prestadoras de servicios públicos

La ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios en sentido subjetivo, esto es, a las entidades encargadas de prestarlos; es claro el artículo 1.º de la ley al establecer que la ley se aplica a las actividades que

realizan los prestadores, es diferente hablar del servicio público como institución objetiva, a hablar de los servicios públicos como actividad que realizan unos sujetos determinados. Es este punto, observamos que en el desarrollo del negocio las entidades que prestan servicios públicos celebran contratos, expiden actos, realizan actuaciones, para producir el bien o el servicio y prestarlo a los usuarios. Estas actuaciones no son servicios públicos domiciliarios, pero por disposición de la Ley 142 también se les aplica.

Es importante en este aspecto tomar en cuenta lo establecido en el artículo 18 de la Ley 142, según el cual las empresas prestadoras de servicios públicos tienen como objeto “la prestación de uno o más servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”. Como se verá adelante, no es lo mismo hablar de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que de empresas de servicios públicos, pues el primer concepto es un género del cual el segundo es sólo una especie. Si una empresa presta servicios públicos domiciliarios y presta otros servicios que no son domiciliarios, a cada servicio se le aplicará el régimen jurídico correspondiente.

VIII. TRANSFORMACIÓN EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La apertura, la globalización y la liberalización de la economía han generado en Colombia una profunda transformación institucional que se expresa en la totalidad de las actividades económicas y a la cual no ha escapado el sector de los servicios públicos domiciliarios. La Constitución de 1991 ha reorientado la misión estatal en materia de servicios, pues la tarea del Estado ha dejado de ser la prestación de los servicios y ha pasado a ser la de un garante de la prestación de los mismos, de su regulación, control y vigilancia¹⁴⁰.

La modificación en el régimen de prestación de los servicios públicos se origina en dos tipos de circunstancias: de un lado, la crisis de los monopolios públicos estatales, sometidos exclusivamente a reglas de

140 Párrafo 2.º artículo 365 C. P.: “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que le fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de esos servicios...”.

derecho público, del otro, una reorientación de los modelos económicos en los países en vía de desarrollo determinada por la integración económica –en nuestro caso, el Pacto Andino– y por la constitución de la Organización Mundial del Comercio –OMC–, en especial, por la aprobación del denominado Acuerdo General de Libre Comercio de Servicios –AGCS–¹⁴¹, además de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por el país.

Cuando el Estado prestaba el servicio en forma monopólica, tenía un régimen jurídico de derecho público, las entidades que prestaban los servicios eran entidades del Estado y quienes administraban estas entidades eran funcionarios públicos, ahora, con la Constitución de 1991, se cambió de esa circunstancia estatal de prestación del servicio público a la prestación de los servicios públicos en competencia, por cuanto ya no es solo el Estado el que puede prestarlos sino que los particulares pueden ya entrar a competir, en condiciones de igualdad.

Al constituirse la liberalización de servicios públicos domiciliarios, el Estado debe intervenir para fijar reglas que promuevan la competencia, reglas antimonopolio y una regulación, vigilancia y control que permitan los desarrollos empresariales necesarios entre los actores en competencia. Buscando que no existan abusos de la posición dominante de las empresas que prestan los servicios públicos. Lo que se busca mediante la promoción de la competencia, es la búsqueda de una mayor eficiencia entre los proveedores, que garantice una prestación del servicio cada vez mejor y que además permita que las personas que tienen menos recursos tengan la posibilidad de acceder a esos servicios con la misma calidad y a precios asequibles.

Tanto la Constitución de 1991 como las leyes 142 y 143 de 1994 han liberalizado el sector de los servicios públicos domiciliarios, por lo tanto, ello ha permitido la libre competencia entre operadores oficiales, mixtos y privados¹⁴². Para el desarrollo adecuado de la competencia

141 Incorporado al derecho interno colombiano por las leyes 170 de 15 de diciembre de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.637, de 16 de diciembre de 1994, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0170_1994.html] y 671 de 30 de julio de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.503, de 30 de julio de 2001, disponible en [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articulos-3684_documento.pdf].

142 Artículo 15 Ley 142 de 1994: "Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar servicios públicos: // 1. Las empresas de servicios públicos. // 2. Las personas naturales y jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento

en condiciones de igualdad, es necesario que todos los prestadores de servicios se sometan al mismo régimen, este es uno de los objetivos de la actual legislación, que tanto en el artículo 31 de la Ley 142 como en el 8.º de la Ley 143 ha establecido que el régimen contractual aplicable a los operadores de los servicios es básicamente el propio del derecho común y no el estatal¹⁴³; aun en los casos en los que se está en presencia de entidades oficiales –como es el caso de los municipios– las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas oficiales que se pueden dedicar legalmente a la prestación de servicios públicos.

Los formalismos propios de la contratación estatal¹⁴⁴, su sujeción a rígidas normas de planeación¹⁴⁵ y elaboración de presupuestos¹⁴⁶, han generado la necesidad de establecer un régimen de excepción y de naturaleza mixta que permita agilidad y desarrollo adecuado en el sector de los servicios.

El hecho de que por tradición los servicios públicos se han prestado en forma monopólica y la vinculación que históricamente han tenido el derecho administrativo y los servicios públicos, han generado que la mutación que representa dejar de aplicar el derecho administrativo convencional para aplicar el derecho privado en las relaciones jurídicas a que hacemos referencia no sea un fenómeno pacífico y que, por

de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. // 3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley. // 4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. // 5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los periodos de transición previstos en esta ley. // 6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17". Además de las comunidades organizadas, las cuales están facultadas por el artículo 365 de la C. P.

143 Esta tesis es ratificada en el artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, cit.

144 Ley 80 de 1993, cit.

145 Ley 152 de 15 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.450, de 19 de julio de 1994, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=327>].

146 Decreto 111 de 15 de enero de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.692, de 18 de enero de 1996, disponible en [http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=qR9O2PFCBN7H7MRgovtfBUvt0mxKR-lo2iIHGFDfaiexMV72mX6q!-89808455?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6220602.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased], que contiene las normas orgánicas del presupuesto.

el contrario, se generen en torno al punto dificultades en la práctica administrativa, aún no superadas.

IX. ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las entidades prestadoras de servicios públicos son aquellas empresas y sujetos que van a desarrollar todas las actividades que son objeto de la Ley 142 de 1994. Ésta hizo un listado para determinar qué tipo de personas podían prestar los servicios públicos domiciliarios, dando a entender a primera vista que ese listado enumeraba taxativamente a quiénes podrían realizar tal actividad, por tanto, según HUGO PALACIOS MEJÍA, si no está en la lista, será un prestador de servicios públicos ilegal¹⁴⁷.

No estamos de acuerdo con el anterior punto de vista, por cuanto es la misma Constitución Política de 1991 en su artículo 365 la que permite prestar los servicios públicos, no solo al Estado o a los particulares, sino también a las comunidades organizadas, entonces, la enumeración hecha por el legislador sobre los operadores de los servicios públicos es meramente enunciativa, faltándole agregar otros que también pueden ser prestadores de servicios públicos, como lo son las cooperativas, las juntas de acción comunal, etc. Lo que se observa es que la Ley 142 al hacer esta lista,

se refirió básicamente a formas empresariales para la prestación de los servicios y no referencia a la prestación de los servicios por formas no empresariales de gestión...¹⁴⁸.

Para concluir se puede decir que, además de los prestadores de servicios públicos que están enumerados en el artículo 15 de la Ley 142, podemos incluir a las comunidades organizadas, habilitadas por el

147 “La Ley 142 de 1994 ya citada, contiene una enumeración *taxativa* de las personas que pueden prestar los servicios públicos. Salvo la Nación que, según el numeral 8.6 de la misma, puede prestar servicios públicos domiciliarios en ciertos eventos, todas las personas que presten servicios públicos domiciliarios sin estar incluidas en la numeración del artículo 15 son “*prestadores ilegales*”. (Resaltado fuera de texto). PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, cit., p. 211.

148 CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS. *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Dike, 1998, p. 60.

artículo 365 de la Carta Magna. De conformidad con lo previsto en la Constitución Política y en los artículos 15 y siguientes de la Ley 142, en Colombia son entidades que pueden prestar servicios públicos domiciliarios las siguientes:

1.º Las empresas de servicios públicos.

2.º Las personas naturales y jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

3.º Los municipios cuando asuman en forma directa a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos.

4.º Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

5.º Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los periodos de transición.

6.º Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos.

7.º Las comunidades organizadas.

Hay que recalcar que, sin importar que el Estado preste o no los servicios públicos, tiene una serie de responsabilidades muy importantes como son: debe garantizar que se presten en todo el territorio nacional, son inherentes a la función social del Estado y que la regulación, vigilancia y control es su responsabilidad.

A. Las empresas de servicios públicos

Lo que se buscó como un principio general dentro de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, fue que la actividad que se iba a realizar fuera prestada por un tipo de sociedad especial, no un nuevo tipo societario, que fuera regida por una propia normatividad, esto trajo como consecuencia la creación de nuevas entidades denominadas empresas de servicios públicos domiciliarios.

Estas empresas son, por consiguiente, sociedades por acciones (todo el capital está representado en acciones)¹⁴⁹, solo admiten el tipo societario de anónima¹⁵⁰. Con un objeto muy claro: “Prestar uno o más servicios públicos a los que se le aplica esta ley, o realizar una o varias actividades complementarias, o una y otra cosa”¹⁵¹. Por tanto, en caso de existir algún vacío en esta ley, debe remitirse, en lo que corresponda, a las reglas que trae el derecho comercial para las sociedades anónimas¹⁵². Estas empresas pueden ser organizadas y operadas por cualquier persona, en condición de igualdad en cualquier parte del país¹⁵³, ya que, como la misma ley lo dice, existe libertad de empresa¹⁵⁴. Los particulares, como lo dijimos antes, pueden prestar servicios públicos domiciliarios, pero no pueden hacerlo de cualquier manera, deben someterse a lo que les diga la ley, lo que manda la ley es que adopten en la constitución de la empresa la forma de empresa de servicios públicos. Estas empresas están definidas en los artículos 14.5 a 14.7, 17 y 19 de la Ley 142; pueden ser oficiales, mixtas y privadas y esta clasificación se realiza dependiendo del porcentaje de aporte que realice el Estado:

1. Empresa de servicios públicos oficial

Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizados de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes (art. 14.5 Ley 142).

149 Artículo 17 Ley 142 de 1994, cit.

150 JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 25: dichas sociedades “pueden configurarse bajo la modalidad de anónimas o de en comandita por acciones”. No creemos que las empresas puedan configurarse en la modalidad de comandita por acciones, ya que los rasgos inherentes al socio gestor son incompatibles con la administración de la empresa de servicios públicos, por la necesidad de consentimiento de los socios colectivos para toda reforma, y también porque en las empresas de servicios públicos la administración atañe a todos los socios, en forma proporcional, a través de su junta directiva (art. 19.16 Ley 142 de 1994, cit.), mientras la comanditaria es un derecho exclusivo de los socios gestores (art. 326 C. Co.).

151 Artículo 18 de la Ley 142 de 1994, cit.

152 Numeral 15 del artículo 19, ibíd.

153 Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, cit.

154 Artículo 10.º de la Ley 142 de 1994, cit.

Desde su nacimiento, esta ley trajo como consecuencia la modificación en forma tácita de los decretos 1050 de 5 de julio de 1968¹⁵⁵ y el 3130 de 26 de diciembre de 1968¹⁵⁶, por cuanto con la introducción de este nuevo tipo de empresa se amplió aún más el listado de entidades descentralizadas que existían en la estructura de la Administración¹⁵⁷.

Los decretos 1050 y 3130 de 1968 fueron derogados por la ley sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (Ley 489 de 29 de diciembre de 1998¹⁵⁸). En ésta se incluyó en forma expresa, la empresa oficial de servicios públicos domiciliarios como una nueva categoría de empresa estatal. Dentro de las características importantes de esta norma se encuentra el hecho de que estas empresas se sujetarán a la Ley 142 de 1994 y no a la Ley 489 de 1998, salvo que existan aspectos no regulados por aquella ley¹⁵⁹, ya que en caso tal, sí se aplica aquella (aplicación supletiva de la Ley 489 en lo no regulado por la Ley 142).

2. 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 (art. 14.7 Ley 142).

De acuerdo con la Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007¹⁶⁰, la naturaleza jurídica dependerá de si el Estado tiene participación o no dentro de la empresa, ya que si existe participación del Estado, cual-

155 *Diario Oficial*, n.º 32.552, de 17 de julio de 1968, disponible en [https://www.redjurista.com/Documents/decreto_1050_de_1968_ministerio_de_gobierno.aspx#/].

156 *Diario Oficial*, n.º 32.687, de 17 de enero de 1969, disponible en [https://www.redjurista.com/Documents/decreto_3130_de_1968_presidencia_de_la_republica.aspx?r=t#/].

157 Antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 ya se había ampliado la lista de categorías de entidades que existían en la Administración (Dcto. Ley 1050 y Dcto. 3130 de 1968, cit.), con las siguientes leyes: 30 de 28 de diciembre de 1992 (autonomía universitaria), *Diario Oficial*, n.º 40.700, de 29 de diciembre de 1982, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=253>]; 99 de 1993 (corporaciones autónomas regionales), cit., y 100 de 1993 (empresas sociales del Estado), cit.

158 *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>].

159 Artículo 84 de la Ley 489 de 1998.

160 M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>].

quiera que esta sea, la empresa será una entidad pública descentralizada.

3. 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% (art. 14.6 Ley 142).

En relación con las empresas de servicios públicos mixtas es importante tener en cuenta que, de conformidad con la doctrina de la Corte Constitucional, expresada en la Sentencia C-953 de 1.º de diciembre de 1999¹⁶¹, los límites fijados por el legislador no están acordes con la orientación constitucional y, por lo tanto, deben calificarse como mixtas todas las empresas en las cuales exista concurrencia de capital público y privado¹⁶².

161 M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.correo.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/C-953-99.htm>].

162 Corte Constitucional. Sentencia C-953 de 1.º de diciembre de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.english.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/C-953-99.htm>]. Sostuvo la Corte en la providencia referida: “4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el numeral 7 del artículo 150, atribuye al legislador la facultad de ‘crear o autorizar la constitución’ de ‘sociedades de economía mixta’, al igual que en los artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6 dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa, entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna, que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que lo que le da esa categoría de ‘mixta’ es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar, el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares. // 4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización ‘con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa’, norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de ‘hacer las leyes’ dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa

Esta posición fue aplicada a las empresas de servicios públicos por la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007, dejando claro que cuando exista cualquier participación del Estado en una empresa de servicios públicos, ésta se convierte por ese hecho en una entidad descentralizada del nivel al que corresponda el aporte y que las personas que trabajen en esa entidad serán servidores públicos:

5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la “estructura de la Administración”, es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7 del artículo 150 Superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos respectivamente. (arts. 300 numeral 7 y 313 numeral 6 C. P.).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador; que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7 del artículo 150 Superior.

Visto lo anterior, la Corte debe detenerse a examinar el tenor literal de dos de las disposiciones parcialmente acusadas en la presente oportunidad. Son ellas las siguientes:

que, so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas, se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al 50% del mismo no alcanza la naturaleza jurídica de sociedad comercial o empresa de economía mixta, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea ‘del Estado’ o de propiedad de ‘particulares’ sino, justamente, de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada ‘mixta’ por el artículo 150, numeral 7 de la Constitución. // De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al 50% no sería ni estatal, ni de particulares, ni ‘mixta’, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución”.

“(i) El artículo 38 de la Ley 498 de 1998, titulado “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional”, norma que, al enlistar los organismos que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, en su literal d) incluye a “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, pero no a las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza. Debe recordarse que según lo define el numeral 5 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, no demandado en esta oportunidad, la 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”.

“(ii) El artículo 68 de la misma ley que señala que “(s)on entidades descentralizadas del orden nacional [...] *las empresas oficiales de servicios públicos* y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas...”. (La expresión subrayada es la acusada). Como puede observarse, esta disposición incluye dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional a las empresas oficiales de servicios públicos, pero no hace lo propio con las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza”.

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (art. 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas (art. 68).

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público.

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios

públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del Poder Público.

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” (subraya la Corte). 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 constitucionalidad¹⁶³.

La Ley 142 de 1994 creó un régimen especial para las empresas de servicios públicos mixtas, por cuanto, no les es aplicable la Ley 489 de 1999 sobre sociedades de economía mixta, sino únicamente el régimen especial que trae esta la ley¹⁶⁴. El Consejo de Estado¹⁶⁵, continuando la línea jurisprudencial, reiteró la posición de la Corte Constitucional.

B. Las personas naturales o jurídicas que produzcan los bienes o servicios para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal

Cuando una empresa produce para sí bienes y servicios propios de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, porque le sale más económico producirlos que comprarlos a una entidad prestataria de servicios públicos, o porque simplemente no existe alguien que preste el servicio público –como por ejemplo, la electricidad–, la ley les permite que sus

163 Corte Constitucional. Sentencia C- 736 de 2007, cit.

164 En este sentido cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 1141 de 10 de septiembre de 1998, C. P.: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3542>] y Corte Constitucional. Sentencia C-558 de 2001, cit.

165 Sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 33.644, M. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; exp. 33.645, M. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; y Sentencia de 21 de mayo de 2008, exp. 33.643, M. P.: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR.

excedentes sean ofrecidos al público como si se tratara de una empresa de servicios públicos. Estos son los operadores marginales.

De acuerdo con el artículo 16 de la ley, no es requisito que estos operadores marginales se organicen como empresas de servicios públicos, salvo por orden de la respectiva comisión de regulación, pero se sujetan al cumplimiento de las normas que trae esta ley sobre la expedición de actos y contratos. Además, quedan bajo la regulación de las comisiones y están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Estos operadores deben prestar dichos servicios o producir dichos bienes únicamente para sí mismos o para una clientela compuesta de manera exclusiva por quienes tienen vinculación económica, o con sus socios o miembros, o como subproducto de otra actividad principal.

La Ley 689 de 2001¹⁶⁶, por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, impone una traba a este tipo de operadores, y es la de obligarlos a prestar el servicio de la forma técnicamente aceptada por la normatividad vigente para cada servicio, esto significa someterse a las mismas especificaciones técnicas de una empresa de servicios públicos, cosa muy difícil para una persona natural o jurídica, cuyo objeto es una actividad completamente diferente.

C. Los municipios como operadores de servicios públicos

El constituyente en el artículo 367 de la Carta, reguló la forma en que deben prestarse los servicios públicos domiciliarios, en caso que sea el propio municipio quien vaya a hacerlo, diciendo que solo lo podrá hacer “cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen”. Por tanto, el legislador al desarrollar el punto en el artículo 6.º de la Ley 142, determinó unos procedimientos previos que deberá cumplir el municipio para prestar el servicio directamente, y estos son:

– Invitar a empresas de servicios públicos a prestar el servicio y si esto no funciona, invitar a las diferentes personas, públicas o privadas, para crear una. En caso que en ambas situaciones la respuesta haya sido negativa, puede prestar el servicio. Claro que a pesar que exista al-

166 Ya citada.

guien que pueda prestar el servicio, el municipio lo puede hacer directamente si logra probar que los costos en que incurriría para prestar el mismo son inferiores a los que cobrarían las entidades interesadas, además que la calidad y la atención para el usuario sería por lo menos igual. Estos estudios deben ser aprobados por el superintendente de servicios públicos domiciliarios.

– La prestación del servicio público debe hacerse directamente por el municipio como entidad territorial (nivel municipal, sector central), por eso no lo pueden realizar entidades descentralizadas.

– La normatividad que debe aplicar el municipio es la propia de las empresas de servicios públicos, el derecho mixto de la Ley 142 de 1994¹⁶⁷, salvo que vaya a transferir total o parcialmente la prestación del servicio público por cuanto en ese caso sí debe aplicar la Ley 80 de 1993 y el proceso de selección será siempre por medio de licitación.

– La contabilidad con la que se presta el servicio público debe ser separada de la contabilidad general del municipio. Si son varios los servicios que presta el municipio, debe ser separada para cada uno de ellos.

– Se somete a la regulación que realizan las comisiones y a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que puede llevar, en caso de deficiencia en la prestación del servicio, a una toma de posesión de la empresa y por tanto, el municipio perdería el control.

– La condición de estar prestando el municipio el servicio o servicios públicos, no le da derecho para establecer un monopolio de hecho o derecho.

Se ve con claridad que tanto el espíritu del constituyente como el del legislador fue que el municipio operara los servicios públicos únicamente de manera excepcional, en el caso que ni operadores públicos ni privados quieran prestarlo. Esta norma fue atacada por inconstitucional, por cuanto en apariencia violaba la Carta al inmiscuirse en la autonomía constitucional que deberían tener las entidades territoriales para manejar sus propios intereses. La Corte Constitucional entendió que era la propia Constitución la que establecía la limitación para regular este tipo de materias (servicios públicos), y que habían sido

167 Artículo 3.º Ley 142 de 1994, cit.

transferidas al legislador para que las regulara, por tanto, fue declarado exequible el artículo 6.º de la ley por esa corporación¹⁶⁸.

D. Las organizaciones autorizadas conforme a la Ley 142 para prestar los servicios en municipios menores, en áreas rurales y en zonas urbanas específicas

La Ley 142 de 1994 estableció que podrán prestar los servicios públicos domiciliarios en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas las comunidades organizadas como personas jurídicas sin ánimo de lucro. Para determinar cuáles son los municipios menores, las áreas rurales y las áreas urbanas el Gobierno Nacional expidió el Decreto 421 de 8 de marzo 2000¹⁶⁹ en el cual especifica cada uno.

Reza el artículo 2.º que se consideran municipios menores los correspondientes a las categorías quinta y sexta, definidas en por los artículos 6.º de la Ley 136 de 1994¹⁷⁰ y 93 de la Ley 388 de 18 de julio

168 "Si bien la autonomía busca la autodeterminación de las entidades territoriales en la gestión de sus propios intereses, la propia Constitución la delimita a partir de la concepción unitaria del Estado y de la reserva que hace para el legislador para la regulación de ciertas materias que, como lo relativo al establecimiento del régimen de los servicios públicos, se consideran vitales para los intereses de la comunidad nacional y no sólo de los regionales y locales, en lo relativo a las situaciones generales que deben ser reglamentadas de manera uniforme, sin perjuicio de la especificidad de las regulaciones reglamentarias que deben hacerse por las entidades territoriales. No se afecta en principio la autonomía de las entidades territoriales porque el legislador establezca de modo general el régimen jurídico de dichos servicios, pues esa fue la voluntad del constituyente; es decir que corresponde a éste señalar el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquellos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnico y operativo". Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 1997, cit.

169 *Diario Oficial*, n.º 43.932, de 13 de marzo de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4639>].

170 Modificada por el artículo 2.º de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.188, de 9 de octubre de 2000, disponible en [[http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_\(Racionalizacion_del_Gasto_Publico\).pdf](http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_(Racionalizacion_del_Gasto_Publico).pdf)].

de 1997¹⁷¹; son áreas rurales las localizadas por fuera del perímetro urbano de la respectiva cabecera municipal; son áreas urbanas específicas, según el artículo 93 de la misma Ley 388, los núcleos poblacionales localizados en suelo urbano que se encuentren clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación socioeconómica vigente¹⁷².

Se pueden constituir por documento privado, de acuerdo a las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio. Estas empresas deben registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el respectivo municipio e inscribirse ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la comisión respectiva¹⁷³. Dentro de esta clasificación se puede incluir a las comunidades organizadas, de las que habla el artículo 365 de la Constitución Política, las cuales podrán constituirse en empresa por acciones, de acuerdo a la Ley 142 de 1994, o adoptar la forma asociativa que más sea afín a los resultados que busca.

E. Entidades que venían prestando el servicio en el periodo de transición

Las entidades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios, que venían prestando sus servicios al momento de entrar en vigencia las leyes 142 de 1994¹⁷⁴ y 286 de 1996¹⁷⁵ pudieron prestar

171 *Diario Oficial*, n.º 43.091, de 24 de julio de 1997, (fe de erratas en el *Diario Oficial*, n.º 43.127, de 12 de septiembre de 1997) disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html].

172 Ver en DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA –DANE–. “Estratificación socioeconómica-Metodología”, disponible en [<http://www.dane.gov.co/index.php/116-espanol/informacion-georreferenciada/2419-estratificacion-socioeconomica-metodologia>].

173 Artículo 3.º del Decreto 421 de 2000, cit.

174 La Ley 142 de 1994 le permitió a todos los que venían prestando servicios públicos que lo siguieran haciendo, el fundamento lo encontraban en los artículos 15.5, 180 y 182 de la ley. Pero con la condición que se transformaran en empresas de servicios públicos al cumplirse unos plazos. El término para hacer la transformación fue: si eran entidades descentralizadas en un termino de 18 meses y si eran entidades territoriales o a Nación tenían un término de dos años a partir de la vigencia de la presente ley.

175 Los plazos que traía la Ley 142 fueron ampliados al observarse que no se había podido cumplir con el cometido de la misma, y se hizo a través de la Ley 286 de 3 de julio de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.824, de 5 de julio de 1996, disponible en [<http://www.epc.com>].

válidamente servicios hasta el 5 de enero de 1998, fecha a partir de la cual debieron transformarse de conformidad con la ley.

F. Las empresas industriales y comerciales del Estado que resultaron de la aplicación del parágrafo 1.º del artículo 17 de la Ley 142

Esta norma determina que si las entidades descentralizadas que venían prestando servicios públicos domiciliarios no deciden transformarse en empresas de servicios públicos (sociedades por acciones), los propietarios deben transformarlas en empresas industriales y comerciales. La Ley 142 de 1994, según el artículo 180, dio un plazo de dos años para la transformación; este plazo lo amplió la Ley 286 de 1996, otorgando 18 meses más, pero con una limitación, que debían transformarse en empresas de servicios públicos domiciliarios (tenían hasta el 5 de febrero de 1998 para hacerlo)¹⁷⁶.

Consideramos que las empresas no transformadas en empresas de servicios públicos domiciliarios pueden prestar el servicio público, pues siempre existe la necesidad del mismo, pero si no se realiza la transformación ello debe acarrear sanciones, para las personas que tienen a su cargo la realización de esa obligación.

X. EL CONCEPTO DE ENTIDADES OFICIALES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Por su incidencia en el régimen de los servicios públicos es importante precisar algunos conceptos que se utilizan en el régimen normativo. Esos conceptos son: 1. Entidades prestadoras de servicios públicos; 2. Empresas de servicios públicos; 3. Entidades oficiales que prestan servicios públicos; y 4. Empresas de servicios públicos oficiales.

co/docs/Ley%20286%20de%201996.pdf], que en su artículo 2.º dice: “Las entidades descentralizadas, y las demás empresas que estén prestando los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo de hasta dieciocho meses a partir de la presente ley”.

176 Cfr. nota anterior.

Cuando se utiliza la expresión *entidades prestadoras de servicios públicos*¹⁷⁷ se hace referencia a un término genérico el cual involucra a la totalidad de los entes autorizados por el régimen jurídico para la prestación de los servicios, esto es, todas las entidades mencionadas en el artículo 15 de la Ley 142 y las comunidades organizadas¹⁷⁸, sin atender a la condición de pública o privada que ostente cada una de las diferentes modalidades de prestadores.

Cuando se utiliza la expresión *empresas de servicios públicos*¹⁷⁹ se hace referencia a las formas de organización asociativa enunciadas en el numeral 15.1 y en los artículos 17 y 19 de la Ley 142; es la forma más común como según la ley, deben organizarse los prestadores de servicios públicos domiciliarios, es muy importante tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 3.º de la Ley 142, las reglas legales previstas para las empresas de servicios públicos les son aplicables a todos los prestadores, salvo que de acuerdo con la Constitución o la ley les sea aplicable una regla especial diferente.

El concepto *entidades oficiales que prestan servicios públicos* es el concepto genérico “relativo” que involucra a los prestadores de servicios públicos de naturaleza oficial; ellos son: los municipios, en los casos especiales en que pueden prestar los servicios, las empresas industriales y comerciales del Estado de todos los niveles, nacional o territorial, las empresas de servicios públicos oficiales y las empresas con participación estatal.

Cuando se utiliza la expresión *empresas de servicios públicos oficiales*¹⁸⁰ se hace referencia, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 142, a aquellas sociedades dedicadas a la prestación de uno o más servicios públicos domiciliarios y, conjunta o separadamente, una o más actividades complementarias de los mismos en las cuales el Estado, a través de las entidades y organismos del sector central o descentralizado, participa del 100% del capital social.

Para terminar, la expresión *empresas oficiales de servicios públicos* involucra tanto a las empresas industriales y comerciales del Estado

177 *Supra* IX.

178 Según nuestra interpretación del artículo 365 de la C. P.: cfr. VII.C.

179 *Supra* IX.A.

180 Ídem.

Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios

como a las empresas de servicios públicos oficiales y las que tengan cualquier participación estatal.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES
PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA LA
ADQUISICIÓN DE BIENES, OBRAS O SERVICIOS

**I. LA TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS EN
EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

En el sector de los servicios públicos domiciliarios las entidades territoriales y las prestadoras de los servicios celebran diferentes clases de contratos que, sin ánimo exhaustivo, pueden agruparse en líneas generales bajo las siguientes modalidades: a. Los contratos que celebran las entidades prestadoras de los servicios para la producción, transporte y distribución del bien objeto del servicio; b. Los contratos que celebran las entidades territoriales y otras entidades oficiales a través de los cuales se pretende la vinculación de terceros en la prestación de los servicios; c. Los contratos que celebran las entidades públicas, mixtas y privadas cuyo objeto es constituir una entidad prestadora de servicios públicos; y d. Los contratos de servicios públicos, que son el instrumento jurídico que regula las relaciones entre el proveedor de los servicios y los usuarios de los mismos.

**II. POSIBILIDADES NEGOCIALES EN EL SECTOR
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

La necesidad de agilizar el sector de los servicios públicos domiciliarios y de permitir a los agentes oficiales estar en condiciones de igualdad con los agentes privados y de naturaleza mixta que prestan servicios públicos, hacen que hoy sea necesario que tanto las entidades territoriales como las oficiales encargadas de la prestación de servicios

públicos inicien o continúen procesos de transformación institucional, lo que les obliga a abandonar las formas de prestación de los servicios tradicionales¹⁸¹ para involucrar novedosas formas a través de las cuales pueden enrolar a agentes públicos o privados nacionales o extranjeros en la gestión de los servicios.

En escenarios monopólicos las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de las mismas prestan los servicios públicos domiciliarios a través de la aplicación de esquemas normalmente burocráticos, con bajos niveles de eficiencia y productividad, por lo tanto, el desarrollo institucional de los prestadores de los servicios es limitado, su nivel de cobertura reducido y además trasladan a los usuarios ineficiencias que hacen que las tarifas no recuperen siquiera los costos necesarios para la producción de los servicios; no permiten la incorporación de nuevas tecnologías y tampoco posibilitan que se logre el cubrimiento deseado a la totalidad de la población en condiciones de eficiencia y alta calidad.

Por el contrario, lo que se busca en el escenario de liberalización es que las empresas puedan recurrir a la utilización de mecanismos propios de la gestión empresarial privada y que inversionistas privados puedan concurrir en condiciones de igualdad al prestar los servicios en forma conjunta o separada de los operadores oficiales establecidos.

En este punto es importante señalar que tanto la Constitución de 1991 como las leyes 142 y 143 liberalizaron en Colombia la prestación de servicios públicos domiciliarios, por lo tanto, cualquier entidad prestadora de servicios puede hacerlo en cualquiera de los municipios que integran el territorio nacional, sin que sea necesario solicitar autorización alguna por parte de autoridades nacionales o territoriales.

En consecuencia, en Colombia no se requiere de habilitación alguna para prestar servicios públicos domiciliarios, salvo en los casos en los cuales se pretende la prestación en áreas exclusivas de servicios¹⁸²; lo anterior con independencia de que las entidades prestadoras deban someterse a todas las normas locales sobre planeación, construcción, sanidad, policía, tránsito y urbanismo¹⁸³, además que deban disponer de las autorizaciones, permisos o concesiones necesarias para la utili-

181 Que corresponden a monopolios estatales integrados de manera vertical y horizontal.

182 Artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994, cit.

183 Artículo 26, ibíd.

zación de recursos naturales tales como agua o espectro radioeléctrico¹⁸⁴.

El examen del tema jurídico contractual tiene como presupuesto el análisis negocial, que hace referencia a reconocer que los procesos de vinculación de terceros en la gestión de los servicios públicos son más un problema económico y social que uno propiamente jurídico, por lo tanto, para hacer referencia a los contratos que pueden celebrarse es importante advertir que antes de hacer tal cosa, lo que debe hacerse es conocer en detalle las posibilidades negociales que pueden presentarse en el sector de los servicios.

La afirmación “los servicios públicos se prestan en forma ineficiente por parte del Estado o se privatizan” corresponde a una falsa disyuntiva, pues entre la prestación ineficiente de los servicios y la enajenación de la empresa de servicios existen múltiples posibilidades o gradualidades que deben tomarse en cuenta desde la perspectiva política, económica y social en cada caso concreto.

El hecho de que la prestación eficiente de los servicios se constituya en una fuente de rentas para las entidades territoriales, además que en algunas de esas entidades prevalezca la idea de que el Estado no puede renunciar a la propiedad de sus activos rentables, a pesar de que los servicios no se presten en forma eficiente, debe generar la obligación de que previo a tomar una decisión jurídica sobre la administración del sector, se haga un análisis económico del mismo.

No existe duda que, al menos en grandes ciudades y poblaciones intermedias, la gestión empresarial de los servicios públicos constituye un negocio rentable, pero tampoco existe duda que esta actividad administrada con criterios tradicionales no genera renta y, por el contrario, se convierte en una pesada carga para los presupuestos de las entidades estatales.

Es que a pesar de la importancia de las decisiones jurídicas y políticas en el sector de los servicios, no puede perderse de vista que la explotación de los mismos se constituye en una actividad económica, a la vez que ello implica que las decisiones que se adopten sobre el tema se basen en análisis en los que no se puede desconocer este componente esencial.

184 Artículo 25, *ibíd.*

A. Aspectos que se deben tener en cuenta para la prestación de los servicios públicos

1. En el caso colombiano las autoridades¹⁸⁵ no pueden desentenderse de la prestación de los servicios, pues ellos son inherentes a la función social del Estado¹⁸⁶.

2. El Estado está en la obligación de promover el denominado servicio universal, o sea, que la totalidad de los habitantes del territorio tengan acceso al mismo; ésta es una finalidad esencial del Estado y por lo tanto, las autoridades deben prever la aplicación de programas de fomento que permitan la ampliación permanente de la cobertura.

3. El tema de los servicios públicos domiciliarios debe estar vinculado de manera necesaria a los planes de desarrollo y a los de ordenamiento territorial que expidan las entidades territoriales¹⁸⁷.

4. La razón de ser de los servicios son los usuarios que requieren la prestación continua, permanente y de alta calidad de los mismos, con tarifas eficientes y no discriminatorias¹⁸⁸.

5. Las entidades territoriales deben vincularse en forma estrecha a la gestión de los servicios a través de su control, aportes, participaciones y puesta en funcionamiento de los fondos de solidaridad, además de reparto de subsidios que permitan que los sectores menos desarrollados económicamente puedan acceder a los servicios¹⁸⁹.

6. Las entidades territoriales tienen una posición de relevancia económica pues en principio son los propietarios de las redes establecidas¹⁹⁰, conocen la realidad y la idiosincrasia local y poseen un mercado cautivo de servicios.

185 La Ley 136 de 1994, le asignó a los municipios la obligación de atender las necesidades de la población en materia de servicios públicos domiciliarios.

186 Artículos 365 de la C. P., 5.º y siguientes de la Ley 142 de 1994, cit.

187 Artículo 56 de la Ley 388 de 1997, cit.

188 Artículo 367 de la C. P.

189 Artículo 5.º de la Ley 142 de 1994, cit.

190 Al iniciarse esta transformación, las entidades que venían prestando los servicios públicos domiciliarios tenían propiedad plena sobre las redes, por cuanto eran las únicas que existían en un sistema monopólico de prestación de servicios. Ahora poseen unas redes que son un bien de valor que puede facilitar la realización de negocios por parte del municipio, como por ejemplo: prestar el servicio, arrendar las redes, darlas en concesión, venderlas, etc.

7. Tratándose de una actividad económicamente rentable, el municipio debe estudiar sus fortalezas y prestar el servicio a través de empresas de servicios municipales que no excluyen que los particulares también puedan hacerlo en condiciones de competencia.

8. Como el municipio puede ser débil en algunas etapas del servicio, debe vincular a terceros, tanto públicos como privados, para que se ocupen de esas etapas del servicio, las que pueden incluir inversiones económicas, para ello existen mecanismos jurídicos que permiten hacerlo.

9. Las entidades territoriales o las entidades prestadoras de los servicios pueden obtener la vinculación de terceros en la prestación de servicios, sin que ello implique la enajenación de las redes o de la propiedad accionaria de las empresas; es en estos casos en los que puede recurrirse a la celebración de contratos tales como el de arrendamiento, pero también a diferentes formas de asociación y alianza que se mencionan más adelante.

10. Sólo en el caso que el municipio o las entidades públicas no tengan desarrollo institucional ni capacidad para la gestión directa o compartida del servicio, deben recurrir a terceros, bien para entregarles la propiedad de las redes o para transferirles la propiedad accionaria de la empresa, en cuyo caso deben dar aplicación a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política y a lo dispuesto en la Ley 226 de 20 de diciembre de 1995¹⁹¹. Esto, se repite, no impide que otros proveedores de servicios puedan establecerse en el mismo ámbito territorial, con el fin de prestar los mismos servicios domiciliarios en competencia.

B. Las formas negociales más comunes

Por medio de las siguientes modalidades, las entidades públicas o privadas pueden prestar servicios públicos domiciliarios:

1. La constitución de nuevas empresas como entidades prestadoras de servicios¹⁹². Esta modalidad negocial le permite a los inversionistas en Colombia constituir sociedades cuyo objeto es la prestación de ser-

191 *Diario Oficial*, n.º 42.159, de 21 de diciembre de 1995, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=317>].

192 Artículos 17 y ss. de la Ley 142 de 1994, cit.

vicios públicos domiciliarios, en cualquier municipio del país¹⁹³, sin que para ello se requiera de una habilitación especial por parte del Estado¹⁹⁴.

2. Con el fin de aprovechar experiencias acumuladas, aunar capacidad financiera o la utilización de redes existentes, los nuevos inversionistas privados pueden constituir sociedades con las entidades prestadoras públicas existentes, para ello pueden participar en condición de socios en empresas de servicios públicos mixtas¹⁹⁵.

3. Las entidades especializadas en la prestación de algunas actividades o servicios pueden proporcionarlos a las entidades prestadoras de los servicios públicos, las cuales no están obligadas a atender todas las etapas de los mismos, para ello puede acudirse a la contratación ordinaria mediante la celebración de contratos asimilados a los de prestación de servicios y obra, conocidos en nuestro derecho administrativo convencional, con la condición de que en estos casos, los contratos que se celebran se rijan por las normas propias de la contratación privada, esto es, por el derecho laboral, civil y comercial.

4. Las entidades prestadoras de los servicios pueden interesarse en que un tercero con mejor desarrollo institucional se ocupe de la gestión del servicio, sin que ello implique la enajenación de las redes y ni siquiera perder la titularidad de los servicios, en estos casos, puede recurrirse a la contratación de la gestión y administración total o parcial del servicio.

5. Cuando el interés del operador y la entidad prestadora del servicio es que un tercero opere el mismo y tenga su titularidad, pueden celebrarse contratos como el de arrendamiento de la red y el de concesión de la misma¹⁹⁶, con la aclaración que en el caso de la concesión no se otorga propiamente la prestación del servicio, que es libre, sino que lo que se permite es el uso de la red, que es un bien de propiedad de quien la ha construido o está gestionando el servicio¹⁹⁷.

6. En algunos casos los inversionistas o nuevos prestadores no están interesados en adquirir la propiedad societaria de la entidad prestadora, o la entidad establecida no quiere perder la titularidad del servicio, la propiedad de la empresa o la propiedad de la red, pero le es urgente

193 Artículo 23, *ibíd.*

194 Artículo 10.º *ibíd.*

195 Artículo 14.6, *ibíd.*

196 Artículo 39.3, *ibíd.*

197 Artículo 28, *ibíd.*

vincular a un tercero por las fortalezas que pueden derivarse de esa vinculación, sin que ello implique la constitución de personas jurídicas nuevas. En estos casos, el negocio que debe celebrarse hace referencia a la constitución de uniones temporales, consorcios¹⁹⁸, o a la constitución en la modalidad de *joint venture*.

7. Negocios de conexión e interconexión entre prestadores de los servicios: se trata de los convenios que pueden celebrar prestadores de servicios que requieran de la utilización de redes e instalaciones esenciales asociadas a las mismas, para aprovechar eficiencias económicas o impedir que el operador establecido pueda abusar de su posición dominante en el mercado. Dado que esta actividad no es gratuita para el operador establecido, puede convertirlo en un rentista de la red que aproveche una capacidad ociosa de la misma y le haga producir un rendimiento económico que en principio no poseía. La interconexión es un derecho de nuevos operadores y una obligación para los establecidos o, en mejores términos, es un “derecho”-“obligación” para todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, derivado de la utilidad social de la red, por lo tanto, la interconexión puede llegar a ser impuesta como una servidumbre administrativa en los casos en que no existan acuerdos entre las partes¹⁹⁹.

III. LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PARA LA PRODUCCIÓN, TRANSPORTE, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DEL SERVICIO

A. Marco general del régimen jurídico para este tipo de contratos

1. Un régimen general para todos los prestadores: derecho privado

De acuerdo a lo previsto en los artículos 30 a 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, se puede inferir que lo que quiso el legislador fue que la gestión

198 Este tipo de modalidad de actuación del contratista frente a la prestación del servicio público no es el que trae la Ley 80 de 1993, cit., sino que se funda en la aplicación del derecho común, basándose por consiguiente en las estipulaciones contractuales de las partes.

199 Artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, cit.

contractual de todas las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios fuera gobernada por el derecho privado y por lo estipulado en esta ley. Por tanto, la aplicación de las normas de derecho común quedó como la regla general de aplicación de los contratos de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, utilizando el derecho público de una manera excepcional. Como lo dijo el Consejo de Estado: “Los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios distintos del de servicios públicos regulados en los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 (sic) están sometidos al derecho privado...”²⁰⁰.

Es a estos contratos a los cuales hacen referencia tanto los artículos 31 y 32 de la Ley 142 como el 8.º de la Ley 143 de 1994, que se someten a las reglas del derecho común, salvo en los casos en que las comisiones de regulación determinen, bien por vía general o a solicitud de los interesados, que se autorice pactar cláusulas excepcionales del derecho común (inc. 2.º art. 31). También de manera excepcional, con fundamento en el artículo 35 de la Ley 142, en algunos casos las comisiones de regulación pueden decidir que estos contratos se celebren previo el procedimiento de licitación o de un procedimiento regulado que facilite la concurrencia de oferentes.

Existía una confusión²⁰¹, que ya fue resuelta por el legislador con la Ley 689 de 2001²⁰², con respecto de la aplicación del artículo 31 originario de la Ley 142 de 1994, el cual decía:

Concordancia con el estatuto general de contratación pública. Los contratos que celebren las *entidades estatales*²⁰³ que prestan servicios públicos a los que

200 Consejo de Estado. Auto S-701 de 1997, cit. En ese mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DIAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-066-97.htm>].

201 El Consejo de Estado en el auto antes mencionado dijo que, “en otras palabras, la remisión que ese artículo 31 de la Ley 142 hace del parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 es así ciertamente confusa y desorientadora (hecha para eludir las objeciones de orden constitucional, en especial frente al artículo 150 *in fine* de la Carta), porque permite concluir, contra el querer de la Constitución plasmado en la Ley 80, además contra la intención del Gobierno expuesta en el proyecto que luego llegó a ser esa Ley 142 y el mismo texto final de ésta, que la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el estatuto general de contratación para el contrato estatal ni por el derecho público, con las salvedades que la misma Ley 142 prescribe...”.

202 Ya citada.

203 Queda claro que a lo que se refiere este artículo es a las entidades que prestan servicios públicos de carácter oficial y mixto, por tanto a las demás empresas no se les aplica esta

ser refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa...". (Resaltado fuera de texto).

No se podía clarificar en qué sentido remitía el artículo 31 de la Ley 142 al párrafo 1 de artículo 32 de la Ley 80, ya que este artículo determina que

sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades²⁰⁴.

Situación que confunde en una misma norma a las entidades financieras con las entidades estatales que prestan servicios públicos.

El Consejo de Estado entendió que la remisión que realizaba el legislador a la Ley 80 era para todo lo contrario: para desvincular de la aplicación del estatuto contractual a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, como lo dijo el alto tribunal:

El párrafo 1.º del artículo 32 la Ley 80 de 1993 alude a que no se le aplica esta ley, el estatuto contractual, a los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social [...] Dicho párrafo se extiende, entonces, en virtud de lo previsto en la Ley 142 de 1994, a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, es decir que no se les aplica a estos la Ley 80 de 1993²⁰⁵.

Pero como lo decía la norma, la remisión que hacía el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, determinaba la remisión al párrafo primero del

norma. Las entidades estatales que prestan servicios públicos son las que ya comentamos en la parte inicial de este texto (supra cap. primero, VI). Aunque hubiera participación del Estado en una privada, no creemos que tenga aplicación en este artículo por someterlo al Estatuto de Contratación que determina cuáles son las entidades estatales.

204 Consejo de Estado. Expediente 16.446, de 12 de agosto de 1999, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

205 Ídem.

artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que expresaba que en lo que *correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social*, por tanto lo que no corresponda a este giro no se sometía al régimen de derecho privado. No se remite de plano al derecho privado, solo lo hace de forma parcial y es por esto que si la actividad no era de ese giro ordinario debería aplicarse el derecho público, esto significa sometimiento a Ley 80 de 1993. Al no determinarse de forma precisa cuáles son los contratos que se someten al derecho privado o al público, trae el problema de una gran inseguridad jurídica que dejaba desprotegido bien al criterio de los operadores jurídicos, o peor aun a los entes de control para determinar cuándo nos encontramos en una circunstancia o en la otra. Graves problemas se generaron por esa remisión, en primer lugar, porque se debe determinar qué régimen jurídico aplicar, por cuanto todo quedaría a interpretación del que realizará el proceso contractual, esto sin contar cómo analizarían los entes de control la forma para establecer si se cumplió o no con la ley.

Con la reforma que hizo el legislador de la Ley 142 de 1994, por medio de la Ley 689 de 2001, se hizo claridad sobre cuál va a ser el régimen jurídico aplicable a las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios: el *derecho privado*. Ya que, como el mismo legislador lo determinó, estas entidades no estarán sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, salvo que la Ley 142 diga otra cosa. Importante reforma, por cuanto se unifica el régimen aplicable y no se hacen remisiones absurdas que no conducían a ningún lado.

El artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, que modifica el inciso 1.º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 determinó:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

La norma se refiere a entidades estatales, a pesar de ello, la interpretación dada a este artículo en relación con los demás de la Ley 142 de 1994²⁰⁶ determina por obvias razones que si las entidades públicas es-

206 Artículos 30 a 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, cit.

tán sometidas al derecho privado más aún los particulares. Es por esto que las empresas de servicios públicas privadas, los operadores marginales y las comunidades organizadas no estarán sometidas al estatuto contractual propio de las entidades estatales.

Esta aplicación plena del derecho privado ha tenido limitaciones, las cuales se han realizado tanto por vía legislativa como por vía judicial. Por lo que le han añadido otros componentes a la forma en la cual las *entidades estatales*, que no están sometidas al estatuto contractual, al momento de realizar un proceso contractual deben tener en cuenta. Es en este aspecto que cuando la Ley 1150 de 2007 habla de entidades estatales se refiere a las del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, ya que solo a éstas se les aplica el estatuto contractual; por lo tanto a las empresas de servicios públicos privadas²⁰⁷, que tengan cualquier participación del Estado, que por la Sentencia C-736 de 2007 ya citada se entienden entidades estatales, no estarían sometidas a esta norma.

Para mayor entendimiento, empezaremos con las empresas de servicios públicas oficiales y mixtas y son éstas las que se someten a las reglas que nos trae la Ley 1150 de 2007.

El artículo 13 de esta ley determina:

Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Es por lo anterior que se ha limitado en gran medida la aplicación del derecho privado en la contratación que se realiza por parte de las entidades estatales²⁰⁸ que prestan servicios públicos, ya que al incluir los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal, hacen perder la naturaleza privada de su régimen jurídico.

207 Cuando el capital es mayoritariamente de particulares.

208 Artículo 2.º Ley 80 de 1993.

Los principios de la función administrativa²⁰⁹ y los de la gestión fiscal²¹⁰ implican actividades como que los proponentes en los procesos de selección deben ser fijados con reglas claras y objetivas, todo con criterios de igualdad; que los procesos de selección se guíen por motivos que busquen favorecer a terceros; que las actividades que adelanten los prestadores de servicios públicos sean motivadas; que se evalúen los procesos contractuales en relación con los fines esperados; que exista una correcta asignación de recursos para realizar el cumplimiento de los fines buscados con la contratación; que no existan dilaciones injustificadas en las actuaciones realizadas, cumplir las actuaciones de forma expedita; que no exista discrecionalidad en las actuaciones, que existan reglas siempre claras en la contratación; que los procesos contractuales sean conocidos por todos los interesados, con invitaciones públicas y con toda la información que se requiera para su cabal conocimiento y desarrollo; buscando siempre un interés general.

Es por esto que ahora la contratación en las entidades públicas que prestan servicios públicos, tiene un alto contenido de derecho público. Al introducirse la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, se cambió de un escenario casi puro de derecho privado y ahora con esta regla se le meten altos componentes de derecho público. Lo que se observa es la tendencia en el campo de los servicios públicos a ir cada vez más hacia el derecho público.

Ahora bien, hay que sumarle a lo anterior el criterio orgánico con el cual se interpretan las actuaciones que realizan las entidades estatales, por lo tanto, todo contrato que realice una empresa que presta servicios públicos que tenga participación del Estado será un *contrato estatal especial*, cosa que explicaremos más adelante.

Ahora entraremos a analizar el caso de las empresas de servicios públicos privadas, pero que tienen una participación del Estado, cualquiera que sea. Este es un caso especial y ocurre por la circunstancia de la aplicación de la Sentencia C-736 de 2007, en la cual se determinó que cuando exista cualquier participación del Estado en una empre-

209 Artículo 209 de la Constitución Política: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".

210 Inciso 3.º artículo 207 de la Constitución Política: "La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales".

sa de servicios públicos, se entenderá que la empresa es una *entidad estatal*, por lo que por su naturaleza pública nos implica unas circunstancias relevantes, la principal de ellas es que las actuaciones que ellas realizan estarán sometidas a las reglas del artículo 209 de la Constitución Política, esta interpretación, de acuerdo con la sentencia citada, tiene una lógica administrativista relacionada con la forma por medio de la cual deben desarrollar los procesos contractuales y esto es mediante el cumplimiento de los principios de la función administrativa.

En esta punto es relevante determinar que no es por la Ley 1150 de 2007 que deben someterse a los principios de la función administrativa que trae la Constitución Política, sino que esta determinado por la interpretación que le dio la Corte a cuando una empresa de servicios públicos en entidad estatal. Por lo tanto, cuando exista una participación estatal en una Empresa de Servicios Públicos Privada (mayor participación de los privados), se entenderá entidad estatal y deberán someterse a los principios de la función administrativa que nos tras el artículo 209 de la Carta Superior.

Las empresas de servicios públicos privadas con participación estatal, no deberán someterse a los principios de la gestión fiscal, por cuanto el sometimiento a esos principios lo hace la Ley 1150 de 2007, pero las entidades estatales sometidas al estatuto contractual y las empresas de servicios públicos privadas con participación estatal, no se encuentran en ese listado.

Las empresas de servicios públicos privadas que no tengan participación estatal, se someten única y exclusivamente al derecho privado.

CUADRO RESUMEN

Naturaleza jurídica	% de acuerdo a Ley 142 de 1994	Participación estatal para determinar su naturaleza	Sometimiento a normas de acuerdo a la participación estatal
EICE y ESP Oficial	100%	100%	Derecho privado y art. 209 y 267 C. P.
ESP Mixta	50% hasta 100%	50% hasta 100%	Derecho privado y art. 209 y 267 C. P
ESP Privada	< 50%	> a 0% <50 %	Derecho privado y art. 209 C. P.
ESP Privada	< 50%	0%	Derecho privado

Serán entidades estatales si existe cualquier participación del Estado, pero se someten a reglas diferentes dependiendo de la participación del Estado dentro de ellas.

La aplicación del estatuto contractual se daría: cuando se inserten cláusulas excepcionales al derecho común, por orden o autorización de la comisión respectiva²¹¹; cuando las comisiones obligan a realizar licitación²¹² y en los contratos de concesión²¹³.

2. Los contratos estatales especiales en la prestación de servicios públicos domiciliarios

La Constitución de 1991, además de generar la categoría de servicios públicos domiciliarios, y de dotarla de cierta autonomía respecto de los demás sectores de la economía, trajo para el sector una consecuencia que resulta ineludible desde el punto de vista jurídico para cualquier análisis que pretenda realizarse sobre el mismo: la liberalización.

Esta liberalización, comentada páginas atrás, implicó necesariamente la posibilidad de que concurrieran prestadores privados en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Como consecuencia lógica de la liberalización del sector, se debió reconocer la libre competencia como un derecho de origen constitucional²¹⁴ de los agentes del mercado. Libre competencia que puede ser predicable tanto de sujetos públicos como de sujetos privados.

Aceptar la libre competencia como derecho de origen constitucional, no puede entenderse –en efecto nunca fue así– como una negación de las claras finalidades sociales que tiene el Estado en materia de los servicios públicos en general. En una lectura de la libre competencia que se ajusta perfectamente al aspecto recién mencionado, la Corte Constitucional sostuvo:

Cabe precisar además que si bien es cierto que en materia económica son principios rectores de la actividad de los particulares los de la libre iniciativa y

211 Inciso 2.º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

212 Artículo 35, *ibíd.*

213 Artículos 25 y 39.1, *ibíd.*

214 La Constitución del 91 establece en el artículo 333 lo siguiente: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. // La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

el de la libre competencia en condiciones de igualdad, este principio, al aplicarse al ámbito de los servicios públicos debe entenderse en armonía con las reglas que constituyen el régimen jurídico de los mismos, adoptadas por el legislador dentro del marco específico señalado por el constituyente para dichos servicios de lo que resulta que el régimen de libre competencia en condiciones de igualdad debe acomodarse a las reglas especiales que de allí se derivan²¹⁵.

Sin embargo, esa lectura de la libre competencia autoriza para que la misma se lea de manera diferente para todo el sector de los servicios públicos. Pero no, en nuestro entender, para que se particularice entre los diferentes agentes del mercado, con el fin de hacer distinciones de trato entre ellos, sin importar que sea para favorecerlos o perjudicarlos. En ese sentido la Corte afirmó:

Ahora bien, la competencia en condiciones de igualdad en ese marco significa que los agentes privados y públicos deben tener las mismas condiciones para el ejercicio de la misma actividad de prestación de servicios públicos²¹⁶.

Según la misma Corte Constitucional, esa debe ser la regla general en el trato jurídico de los sujetos participantes en cualquier sector del mercado, por contexto, también en el sector de los servicios públicos, y allí el de los servicios públicos domiciliarios.

Coherente con este postulado constitucional, la Ley 142 de 1994 mantuvo un régimen casi idéntico para todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, con pocas normas diferenciadas entre las empresas oficiales, mixtas y privadas²¹⁷. Es decir, con alto tecnicismo se mantuvo en esa ley un régimen jurídico con trato paritario, en el que se respetó la igualdad de condiciones entre agentes privados y públicos. De hecho, podría afirmarse que para el momento de la expedición de dicha norma, las diferencias que podían existir entre un prestador pú-

215 Es un caso emblemático en el cual la Corte Constitucional estudia la existencia de unas normas diferenciadas para Satena, empresa pública prestadora del servicio público de transporte aéreo, y las declara ajustadas a la Carta Política. Sentencia de la Corte Constitucional C-992 de 2006.

216 Sentencia de la Corte Constitucional C-992 de 29 de noviembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-992-06.htm>].

217 ALBERTO MONTAÑA PLATA. "La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, segundo semestre, 2009, pp. 164 a 190.

blico y uno privado en materia contractual, eran casi nulas. Este régimen jurídico en todos sus aspectos, en especial en materia contractual, estaba contenido en la propia Ley 142 de 1994 y, en los aspectos no contemplados en ella, en las reglas del derecho privado²¹⁸.

Esta circunstancia resultaba acorde con los postulados constitucionales sobre libre competencia, al tiempo que coherente en relación con la eficiencia requerida para la satisfacción de estas finalidades sociales del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia, en una actitud que ha sido denominada por la doctrina como “inmadurez jurídico administrativa”²¹⁹, por vía interpretativa morigeró en alguna medida la igualdad de condiciones “pura” por la que se propendió con la Ley 142 de 1994²²⁰.

A continuación se hará un breve recuento sobre las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que resultan relevantes a efectos de analizar por completo el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Es decir, el régimen contractual, en ocasiones diferenciado, de cada una de las entidades prestadoras de servicios públicos. Como antecedente obligado en la exposición que comienza, se debe recordar la Sentencia de 20 de agosto de 1998²²¹ en el cual el Consejo de Estado aclaró la naturaleza única de los contratos celebrados por entidades públicas, con prescindencia del régimen jurídico aplicable a éstos. En esa ocasión se señaló:

218 En efecto, ese es el tenor literal del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que prescribe: “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”.

219 MONTAÑA PLATA. “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos...”, cit.

220 En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994 se había señalado que esta igualdad de condiciones “pura”, que nunca fue absoluta, era el fin al cual se tendía. En esa exposición de motivos se dijo: “4.12. Las empresas operarán en igualdad de condiciones, no habrá privilegios para las que tengan capital oficial (art. 23). Los privilegios no solo conducen a que se escondan las ineficiencias sino que, además, tienden a que no se pueda aumentar la cobertura de los servicios, porque desaniman la participación del sector privado. Las empresas de servicios pagarán impuesto de renta sin embargo, las inversiones en expansión, mejoramiento del servicio y subsidios serán deducibles de ese tributo”.

221 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación n.º 14.202, de 20 agosto de 1998, M. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1.^a Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2.^a Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del C. C. A. antes referido²²².

Resulta del todo claro que el criterio para determinar que se está en presencia de un contrato estatal es exclusivamente subjetivo, por la calidad del sujeto. En ese orden de ideas, es irrelevante el régimen jurídico aplicable e incluso la jurisdicción que debe conocer sobre ellos. El criterio relevante para determinar que un contrato es estatal es la presencia de una entidad estatal²²³. Del extracto jurisprudencial recién transcrito, se podían advertir algunas consecuencias que eventualmente

222 Ídem.

223 En ese sentido, son claros los artículos 1.^º y 2.^º de la Ley 80 de 1993, cit., que preceptúan: "Artículo 1.^º- Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. // Artículo 2.^º- De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1.^º Se denominan entidades estatales: a. La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b. El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".

podían impactar el régimen de los servicios públicos domiciliarios y de la contratación de las empresas dedicadas a esta actividad, siempre que fueran consideradas entidades estatales. En efecto, la concreción de la categoría universal de contrato estatal, exclusivamente basada en el criterio subjetivo, se dio para el sector de los servicios públicos domiciliarios por primera vez el 6 de junio de 2002. En esa ocasión el Consejo de Estado afirmó:

Contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos^{224”225}.

En esa ocasión, el Consejo de Estado aclaró que los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos oficiales eran contratos estatales del tipo de los de naturaleza especial, como consecuencia de ello: 1.º Su régimen jurídico sustantivo era el propio de la Ley 142 de 1994 y el derecho privado en los demás aspectos; 2.º El juez de estos contratos era el juez de lo contencioso administrativo; y 3.º Las normas procesales aplicables a estos litigios eran las propias del derecho administrativo.

En idéntico sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado en otras ocasiones²²⁶, entre estas se encuentra una decisión del 1.º de agosto del mismo año 2002, en la cual dijo respecto de las empresas de servicios públicas mixtas:

Advierte la Sala que, para el caso, a la luz de lo dispuesto en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, 5.º y 76 de la Ley 143 de 1994, y lo expuesto

224 “Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del C. C. A.” Auto del 20 de agosto de 1998, ya citado.

225 Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2001-0034-01(20634), de 6 de junio de 2002.

226 Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2003-00029-01(25155), de 30 de octubre de 2003.

anteriormente acerca de la naturaleza jurídica y régimen de ese tipo de empresas, es indiferente que el contrato sea celebrado por una empresa de servicios públicos oficial o por una empresa de servicios públicos mixta, dado que una y otra, igualmente, son entidades estatales [...] En consecuencia, como se trata de un contrato estatal, no hay ninguna duda de que el conocimiento de las controversias surgidas de dicho contrato corresponde a esta jurisdicción, incluido el trámite del presente recurso de anulación del laudo arbitral, esto último, en aplicación de lo normado en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto en los artículos 92 y siguientes de la Ley 23 de 1991 y 72 de la Ley 80 de 1993, máxime si se tiene en cuenta, como se explica más adelante, que el arbitraje acordado por las partes y que diera origen al laudo del 21 de diciembre de 2000 objeto del recurso, no es de carácter internacional sino nacional²²⁷.

En esa decisión se determinó que no existía ninguna diferencia entre las entidades oficiales y las mixtas, al menos en cuanto al régimen jurídico sustantivo aplicable por regla general²²⁸, las normas procesales y el juez de los contratos. Se atribuyó entonces por vía interpretativa a estos dos tipos de empresas, tanto las de servicios públicos mixtas como las oficiales, la calidad de entidades estatales. En tal sentido, sus contratos son contratos estatales especiales, con un régimen particular conformado por la Ley 142 de 1994 y el derecho privado, por lo que el juez de conocimiento de los mismos consecuentemente es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En, el Consejo de Estado reiteró su decisión de considerar a las empresas de servicios públicos mixtas como entidades estatales, con las características de régimen y jurisdicción ya señaladas. Adicionalmente, en esa decisión se ahondó en el sustento teórico y se afirmó que las empresas de servicios públicos mixtas pertenecían a la rama ejecutiva del poder público, en la medida en que eran especies del género sociedades de economía mixta. En efecto, en esa oportunidad la máxima corporación de lo contencioso administrativo afirmó:

Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque –según ya se dijo– las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no se diferencian,

227 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-25-000-2001-0046-01(21041), de 1.º de agosto 2002.

228 No se desconocen las diferencias que provienen del régimen legal contenido en la Ley 142 de 1994 que establecen unas variaciones mínimas entre uno y otro tipo de empresas.

en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie [...] En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios pertenecen a la estructura del Estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la Ley 489 de 1998²²⁹.

No compartimos la apreciación de que las empresas de servicios públicos mixtas y las sociedades de economía mixta son lo mismo, como lo informa la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, pero es relevante para determinar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. De la misma forma para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las empresas de servicios públicos oficiales. Hasta ese momento, las consecuencias en el mundo jurídico para las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas eran exactamente las mismas que se habían esbozado para este tipo de entidades desde 2002: un régimen jurídico propio conformado por la Ley 142 de 1994 y el derecho privado, contratos estatales especiales y el juez de lo contencioso administrativo. Con el agravante adicional de que en la sentencia del 2006 a las empresas de servicios públicos oficiales se les consideró especie del género empresas industriales y comerciales del Estado, y a las empresas de servicios públicos mixtas, se les consideró especies del género sociedades de economía mixta.

Esta asimilación en nuestra opinión responde a la resistencia de la jurisprudencia para aceptar la creación de nuevas estructuras administrativas y es bastante reprochable, en la medida en que trata de anquilosar la organización de la administración pública. Lo anterior, a pesar de las evidentes diferencias que existen entre las actividades de servicios públicos, que si bien tienen un componente económico también son inherentes a la finalidad social del Estado, de aquellas actividades puramente económicas de la administración²³⁰.

Esta inclusión de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas con categorías tradicionales de la estructura jurídico administrati-

229 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2005-00017-00(29703), de 2 de marzo de 2006, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

230 ALBERTO MONTAÑA PLATA. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2010.

va²³¹, fue corregida de manera afortunada por la Corte Constitucional. En Sentencia C-736 de 2007 esa corporación, en expresa contradicción con lo afirmado por el Consejo de Estado aseveró:

Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial [...] No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad²³².

De manera aún más tajante, la Corte declaró como contraria a la Constitución la interpretación del Consejo de Estado, según la cual las empresas de servicios públicos mixtas eran sociedades de economía mixta, de la siguiente manera:

Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución²³³.

Con esa decisión, se desterró de una vez por todas la posibilidad, abierta en 2006 por el Consejo de Estado, de considerar a estas empresas

231 Se dice que son estructuras tradicionales de la organización jurídico-administrativo, puesto que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixtas tienen una existencia de vieja data en Colombia (Decreto 1050 de 5 de julio de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.552, de 17 de julio de 1968, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2565>]), y preceden por mucho la existencia de las empresas de servicios públicos domiciliarios, creadas en la Ley 142 de 1994, y recogidas por primera vez en un estatuto sobre estructura administrativa en la Ley 489 de 1998, cit.

232 Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007, cit.

233 Ídem.

dentro del catálogo tradicional de entidades estatales, desde entonces solo pueden ser consideradas entidades estatales diferentes, de naturaleza especial en términos de la Corte Constitucional. Habida cuenta de lo expuesto hasta este punto, la única cuestión no solucionada hasta el momento es la relativa a las empresas de servicios públicos privadas, esto es, aquellas que tienen capital público menor al 50% o igual a 0%.

En la decisión de la Corte Constitucional recién mencionada, también se dio solución a la suerte que correrían las empresas de servicios públicos privadas en las cuales hubiese algún porcentaje de participación pública. En esa oportunidad se dijo:

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, *a contrario sensu*, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución [...] Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

Con esta interpretación, las empresas de servicios públicos privadas, siempre que tengan algún porcentaje de capital público, vendrían a hacer parte de la Rama Ejecutiva, en tal medida, sus contratos serían estatales especiales y la jurisdicción competente para conocer de los litigios de las mismas sería la de lo contencioso administrativo. Es decir, que derivado de su calidad de entidades estatales existe para las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas, con capital público, un régimen jurídico similar, casi idéntico. Sin embargo, en la medida en que ello derivaba de su calidad de entidades públicas, su régimen era diferente respecto de las empresas de servicios públicos privadas en las cuales no hay ningún porcentaje de capital público.

En este punto, en nuestra opinión, el régimen jurídico se encuentra casi en la orilla opuesta de la decisión adoptada por el legislador de 1994: casi todos los contratos son estatales, gran parte de las empresas son consideradas entidades públicas y la jurisdicción es por regla general la de lo contencioso administrativo. Es decir, que de este régimen general con jurisdicción especial solo escapan las empresas en donde no existe, ni si quiera de manera indirecta, capital público, lo que agrava las diferencias respecto del régimen puro de competencia al cual se tendía. No morigerar en lo absoluto esta afirmación el hecho que el régimen jurídico sustantivo aplicable a todas las empresas sea por regla general el contenido en la Ley 142 de 1994 y el derecho privado²³⁴.

A pesar de esa afirmación que se hizo para entonces, que sigue manteniendo validez en el estado actual de las cosas, debe ponerse de presente que existe otra posición sobre el punto. El Consejo de Estado en un pronunciamiento de 2009 propuso una solución diferente a la de la Corte Constitucional. Se aclara en este punto que adherimos a la posición de la Corte Constitucional sobre la del Consejo de Estado que pasa a exponerse. En primer lugar, se dejó de lado parte de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional, específicamente el que se refiere a la consideración de las empresas de servicios públicos privadas, con participación pública, como entidades estatales parte de la Rama Ejecutiva. El Consejo de Estado aclaró que ese argumento constituía *obiter dicta* respecto de la decisión adoptada y en esa medida no era vinculante, sobre el punto se señaló:

En consecuencia, en cuanto todas las reflexiones y anotaciones que la Corte Constitucional consignó en su fallo C-736 de 2007 acerca de la naturaleza especial que correspondería a la totalidad de las empresas de servicios públicos –incluidas las que prestan servicios públicos domiciliarios, ESP, y de entre estas las oficiales, las mixtas y las privadas– apenas sí constituyen un *obiter dictum* y al revisar la materia a la luz de las disposiciones legales vigentes, cuestión a la que obligatoriamente debe atenderse el Consejo de Estado en atención a los precisos e imperativos dictados del artículo 230 de la Carta Política, según los cuales “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, la Sala estima necesario revisar de nuevo el asunto relacionado con la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios en

234 Sobre los efectos que sobre la igualdad de condiciones como manifestación de la libre competencia pueden tener las diferencias jurídicas referidas puede verse: MONTAÑA PLATA. “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos...”, cit.

cuyo capital social la participación de aportes estatales no supera el 50% –tal como ocurre en el caso concreto que aquí debe estudiarse y resolverse–, para definir si al Consejo de Estado le asiste competencia para conocer del recurso de anulación citado en la referencia que actualmente se encuentra en trámite.

Una vez se desenmarcó de la argumentación expuesta por la Corte Constitucional, dentro de los límites de su autonomía, el Consejo de Estado precisó sobre la importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos de servicios públicos domiciliarios:

Este aspecto adquiere importancia si se considera que la naturaleza del contrato sometido a conocimiento del Tribunal de Arbitramento es la que define la competencia del Consejo de Estado para pronunciarse acerca del conocimiento del recurso de anulación que se formule contra el laudo correspondiente [...] De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que le sea aplicable.

Finalmente el Consejo de Estado afirmó:

Pues bien, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado, que son las que interesan para el caso que aquí se estudia dado que Colombia Móvil S. A. E. S. P., participa de esa naturaleza, de conformidad con la definición consagrada expresamente por la Ley 142 de 1994 en su artículo 14, apartado 14.7, ha de concluirse que las mismas no forman parte del género de las entidades estatales y, por tanto, en relación con los contratos que las mismas celebren, además de regularse por el derecho común, deberá predicarse una naturaleza jurídica privada puesto que en modo alguno podrán tenerse como contratos estatales [...] De acuerdo con lo anterior y en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puede concluir que esta jurisdicción es competente para conocer de aquellos que hubieren sido celebrados por las empresas oficiales y por empresas mixtas en las cuales el capital social sea mayoritariamente público; por el contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de todos los contratos celebrados por las empresas con participación pública inferior al 50% o por las empresas privadas, salvo que se trate de contratos que incluyan cláusulas excepcionales.

Es decir, que sin importar que exista o no capital público, ninguna de las empresas de servicios públicos privadas son entidades públicas y en consecuencia, los contratos que celebren no son, por regla general, contratos estatales sino contratos privados, por lo que la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con ellas es la jurisdicción ordinaria. La excepción a la jurisdicción privada para este tipo de empresas son aquellos contratos en los cuales se pacten cláusulas excepcionales al derecho privado. Caso en el cual los contratos seguirán siendo de naturaleza privada desde el punto de vista subjetivo, pero serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso por la existencia de prerrogativas públicas propias del derecho administrativo. Lo que hace surgir un interrogante que no será resuelto en este punto: ¿Acaso esas prerrogativas públicas –inclusive para las empresas privadas– no estarán motivadas justamente en el desarrollo de función administrativa por parte de estas empresas?

En suma, con la óptica del Consejo de Estado los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas son contratos estatales y el juez de las mismas será la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De otro lado, las empresas de servicios públicos privadas, sin importar que exista participación pública, celebrarán contratos de naturaleza privada y el juez natural de las mismas será el ordinario. Esta situación que presenta algunas diferencias incómodas de régimen jurídico han sido expresamente aceptadas en escenarios de libre competencia por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Ahora bien, es claro que dicho principio de libre competencia en condiciones de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, en términos que impida en ciertas circunstancias con presupuestos de racionalidad y proporcionalidad su limitación en función del cumplimiento de los mandatos superiores para la consecución de los fines del Estado. Si el legislador puede establecer responsabilidades, obligaciones y restricciones o delimitaciones a la competencia privada y a la actividad de las empresas por motivos de interés colectivo, con mayor razón está autorizado para dotar a las entidades estatales que cumplen una precisa función social de características especiales y de un trato diferente con el propósito de cumplir su cometido²³⁵.

Es necesario aclarar que estas diferencias deben provenir de una decisión del legislador que deben ser racionales, proporcionales y adecua-

235 Sentencia de la Corte Constitucional C-992 de 2006, cit.

das a la finalidad perseguida. Adicionalmente, en virtud de la igualdad de condiciones como presupuesto de la libre competencia, es necesario que estas diferencias se reduzcan al mínimo para que no generen beneficios o desventajas injustificados para las entidades públicas.

En suma, las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional son hoy por hoy contradictorias sobre el régimen jurídico aplicable a la empresas de servicios públicos privadas, con capital público, por ello a pesar de que nuestra posición se alinea con la de la Corte Constitucional, expusimos también la del Consejo de Estado. En nuestra opinión, se debe tender a la reducción de las diferencias de régimen entre las diversas empresas. Esto debe incluir una modulación interpretativa en relación, es decir, que la jurisdicción de lo contencioso y la jurisdicción ordinaria deben propender por un trato similar en los casos y contratos que se refieran a empresas de servicios públicos, en la medida en que ello les resulte posible. Lo anterior, a pesar de la calificación de algunos contratos como estatales y de la jurisdicción diferente, ello no solo con el objetivo de respetar la igualdad de condiciones en el mercado, sino como corolario de un régimen de derecho similar: Ley 142 de 1994 y derecho privado.

Como conclusión de este aparte vale la pena recordar que las empresas que son consideradas entidades públicas (empresas de servicios públicos públicas, mixtas y privadas con capital público) deben dar aplicación de los principios de la función administrativa. Ello así como consecuencia lógica de tal consideración y del artículo 209 Superior.

3. Los actos administrativos, otro componente de derecho público en un régimen de derecho privado

Otro aspecto que reviste especial importancia a efectos de conocer el juez competente para conocer de los asuntos que se derivan de la normal ejecución de los contratos relacionados con los servicios públicos domiciliarios, es la existencia de actos administrativos, por naturaleza controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo sin que importe la naturaleza jurídica del prestador.

En varias oportunidades se esbozó la regla general en relación con los actos que eran administrativos, en virtud de que resultaban excepcionales respecto del derecho privado. En primer lugar, derivado de la

reglamentación legal sobre la materia, se determinó que los actos que resolvieran los recursos, entonces por la vía gubernativa, eran típicamente administrativos. Sobre el punto la Corte Constitucional señaló:

Lo que a todas luces es indicativo de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es, en cuanto conocen y deciden sobre las peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios²³⁶.

En otra oportunidad, con una visión más amplia se determinó que en todas aquellas materias en las que estuviese presente una prerrogativa pública a favor de las entidades prestadoras de servicios públicos, con el obvio y necesario requisito de una manifestación unilateral, se estaría en presencia de un acto administrativo controlable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Aún cuando el mencionado acto surgiera al interior de una relación contractual, no por ello perdería su naturaleza de acto administrativo. En Sentencia T-1150 de 1.º de noviembre de 2001²³⁷ la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

Sea lo primero recordar que del Contrato de condiciones uniformes para la prestación de servicios públicos domiciliarios surge una particular relación contractual de naturaleza privada que supone situaciones estatutarias y regladas, las que permiten a la empresa vincular jurídicamente al usuario o suscriptor mediante decisiones unilaterales, entre las que se cuentan la facturación, la conexión, la suspensión, el corte, la reconexión y la imposición de sanciones, por causa y con ocasión de la prestación del servicio.

Ahora bien, precisamente por las prerrogativas que la ley reconoce a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, entendidos por la jurisprudencia constitucional como privilegios indispensables para garantizar su funcionamiento y permitirles, además, la prestación de dichos servicios de manera continua, eficiente y eficaz, sus actuaciones se encuentran sujetas a los mismos controles a los que el ordenamiento jurídico somete las actuaciones de las autoridades públicas, y sus actos deben ser controvertidos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

[...]

236 Corte Constitucional C-558 de 2001, cit.

237 M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1150-01.htm>].

La Sala debe confirmar la decisión del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, en cuanto éste ordenó el restablecimiento del servicio de acueducto al inmueble de propiedad del usuario tutelante, porque la intervención del juez administrativo, a quien le correspondería ordenar tal restablecimiento no puede darse debido a que la accionada no ha iniciado la actuación administrativa que debía culminar con la suspensión que afecta al inmueble. Omisión que implica, necesariamente, el quebrantamiento de las garantías constitucionales del debido proceso del accionante y, que da lugar a la intervención del juez constitucional para su restablecimiento. Sin perjuicio de que las partes acudan ante la justicia ordinaria para dirimir sus diferencias, y al juez administrativo para controvertir los actos administrativos de suspensión, corte del servicio, y sanción por reconexión sin autorización, siempre que los mismos se profieran²³⁸.

Quiere decir lo anterior que derivados de la misma relación contractual de servicios públicos, aquellos actos de naturaleza administrativa deben ser de conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que aquellas controversias derivadas del contrato que no se refieran a una potestad unilateral deberán ser resueltos por la jurisdicción ordinaria, al tenor de lo afirmado por la Corte Constitucional.

En una decisión posterior, el Consejo de Estado incluyó dentro de su competencia algunos actos adicionales, no ya de todas las empresas de servicios públicos, solo de las oficiales. En esa oportunidad el Consejo de Estado afirmó:

En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. E. S. P al momento de expedir los actos administrativos demandados era una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, pues su capital era 100% estatal [...] En este orden de ideas, el operador jurídico debe observar el cumplimiento de dos condiciones para concluir que está frente a una manifestación de la voluntad susceptible de control judicial: 1. Que provenga de una autoridad o particular que cumpla funciones administrativas; y 2. Que se observe un contenido decisorio, o lo que es igual, que produzca efectos.

La Sala constata entonces, al analizar la normas demandadas, que la presencia de los elementos propios de los actos administrativos se verifica en este caso concreto, pues se está ante manifestaciones unilaterales de la voluntad de la administración, que se producen sin la anuencia de sus destinatarios y que

238 Sentencia de la Corte Constitucional T-1150 de 2001, cit.

trazan verdaderas reglas de conducta obligatorias para éstos [...] Se subraya entonces que los destinatarios de dichos actos no son los usuarios finales del servicio público domiciliario⁴⁰, aunque indirectamente éstos resulten beneficiados por la mejor prestación del servicio, sino aquellos potenciales contratistas con los que la empresa establezca una relación comercial, regulada por el derecho privado, con el fin de adquirir bienes y/o servicios para desarrollar su objeto social. Así las cosas, para la Sala, el carácter obligatorio de los actos demandados salta a la vista, al igual que su capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares²³⁹.

La línea argumentativa del Consejo de Estado, que no puede ser compartida, es del siguiente tenor: se debe verificar que se trate de la administración y que se produzcan efectos jurídicos para considerar que un acto es administrativo. En el caso en concreto, se trató de una empresa de servicios públicos oficial, luego era administración o autoridad, y se observó un contenido decisorio en la medida en que los actos resultaban obligatorios para los potenciales contratistas.

En nuestro entender existe un error de base en la sentencia, en la medida en que por el simple hecho de que se trata de una empresa de servicios públicos oficial, se acepta que se está frente a una autoridad. Sin embargo, los actos demandados eran actos de la junta directiva que se referían a la selección de contratistas; para nosotros esta era una actividad típicamente privada, en la cual la empresa de servicios públicos aunque oficial, estaba en desarrollo de su faceta empresarial y no había en esas actuaciones desarrollo alguno de función administrativa que permitiera calificar a esos actos como administrativos.

Las preguntas obvias para dilucidar esta situación son: ¿Pueden las empresas de servicios públicos privadas hacer lo mismo en el giro de sus negocios? Y en caso de ser la respuesta positiva se debió cuestionar: ¿Los actos expedidos con la misma lógica por empresa de servicios públicos privadas serían actos administrativos?

Si la primera respuesta es negativa, es decir si las privadas no pueden expedir el mismo tipo de actos en el giro de sus negocios, habría un serio indicio de la existencia de un acto administrativo, o de una prerrogativa pública otorgada a la empresa oficial en razón, justamen-

239 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación: 25000232600020050028001(37423), de 13 de abril de 2011, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

te, de su calidad de oficial. Si las empresas privadas también pueden hacerlo, ello llevaría a pensar que el régimen de las oficiales no debería ser diferente, ello así con la lógica de la modulación interpretativa propuesta para proteger la libre competencia y la igualdad de condiciones.

En otras palabras, si la junta directiva de una empresa de servicios públicos privada puede hacer las restricciones de selección de contratistas de la misma manera y esos actos no son actos administrativos, entonces no tendría sentido afirmar que los de las oficiales sí lo sean. Lo que se refuerza por el hecho de que no existe calificación legal en ese sentido, ni ejercicio de función administrativa, sino simplemente una decisión empresarial que no debería estar sujeta a control de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

A pesar de la inconformidad conceptual planteada, al día de hoy esa sentencia resulta ineludible, es necesario recordar que mientras el Consejo de Estado mantenga esa posición, todos los actos unilaterales de las empresas de servicios públicos oficiales que produzcan efectos jurídicos serán actos administrativos. Lo que debe extenderse además a las mixtas si se es coherente con el tratamiento uniforme que el Consejo de Estado ha mantenido para estos dos tipos de entidades estatales.

Contrariu sensu, los actos unilaterales de las empresas de servicios públicos privadas solamente se considerarán actos administrativos en los casos previstos en la ley, esto es, cuando desarrollen función administrativa, dentro de los cuales obviamente se encuentra el ejercicio de las cláusulas excepcionales al derecho privado cuya inclusión puede, como se verá, ordenarse o autorizarse para todo tipo de empresa de servicios públicos.

B. El derecho común y las entidades prestadoras de servicios públicos

La aplicación del régimen de derecho común en los contratos que celebran las entidades prestadoras de servicios públicos cuando tienen relación con la prestación del servicio público (producción, transporte, distribución y comercialización de los bienes objeto del servicio) da lugar a notorias consecuencias jurídicas, siendo las más importantes las que siguen.

1. En cuanto a la selección del contratista

En cuanto a los procedimientos para la selección del contratista no se encuentra consagrada, por regla general, la licitación pública ni tampoco se aplican las reglas de contratación directa que trae desarrollada la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015²⁴⁰; se deben tener procedimientos internos que garanticen la transparencia y la libre concurrencia de oferentes para la provisión de bienes y servicios²⁴¹.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios 100% privadas se someten al derecho privado. Para las demás entidades que presten servicios públicos se deben aplicar las reglas generales que trae el artículo 209 de la Carta Magna, que tratan sobre los principios, el objeto y el control de la función administrativa. El contenido de este artículo es predicable de la totalidad de las entidades públicas, con independencia de que las normas le den a estas entidades prestadoras de servicios públicos un régimen de derecho privado.

De acuerdo con la Sentencia C-736 de 2007, entidad estatal es toda empresa en la que exista cualquier participación por parte del Estado, es del sector descentralizado y es por esto que en todas estas empresas se deben aplicar los principios de la función administrativa que trae el artículo 209 de la Constitución Política.

Observamos que los servicios públicos domiciliarios se acercan cada vez más al derecho público y a la visión de Estado de esa actividad, en la selección del contratista, la actuación de todas las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios tiende a ceñirse a los postulados de servir al interés general, aplicando los principios de la función administrativa, esto es, “desarrollando los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

2. La aplicación del registro de proponentes

El registro de proponentes es una exigencia especial que trae el Estatuto de Contratación Estatal para determinar cuál es la capacidad máxima

240 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>].

241 Artículo 30 Ley 142 de 1994, cit.

para contratar que tiene una persona natural o jurídica. Las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios no están obligadas a aplicar el registro de proponentes del artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007, y por consiguiente tampoco a la aplicación de su Decreto 1082 de 2015.

Cosa diferente es la lista de proveedores, que en el caso de las entidades estatales, es una regla de eficiencia que tienen las gerencias de las entidades para aplicar de esta forma los principios de la función administrativa, tales como eficiencia, economía, transparencia, etc.; tener este tipo de listas facilita que aquellas tengan una gran cantidad de empresas que puedan proveer los bienes y servicios que sean necesarios, buscando hacer más fácil una verdadera selección que sea a todas luces la mejor para la empresa. Este listado que realizan las empresas no es en ningún momento un registro de proponentes, ni produce sus efectos por cuanto, se reitera, no le son aplicables las normas del estatuto de contratación (Ley 80 de 1993), ya que, como lo que se aplica es el derecho común (civil y comercial), no es obligatorio para este tipo de régimen el mencionado registro del estatuto contractual.

Ahora bien, si una entidad pública que presta servicios públicos domiciliarios decide hacer una lista de proveedores, obviamente se le aplica la misma regla del párrafo anterior, pero debe hacerlo dándole a esta lista un tratamiento objetivo, no discriminatorio, por cuanto, además del deber de seguir las directrices del artículo 209 Superior, debe permitir que todos los potenciales contratistas de la entidad tengan la posibilidad de inscribirse en esa lista, pues en caso de no permitírsele, posiblemente se daría lugar a una violación del principio de igualdad frente al Estado. Además de lo anterior, la lista debe ser pública, ya que encontrándonos en un Estado social y democrático de derecho, la publicidad se convierte en un pilar que busca que todas las actuaciones de las entidades sean conocidas por todos, más cuando éstas prestan servicios públicos, haciendo imperativo que dichas listas nunca sean secretas.

Para el sector privado, tales listas serán únicamente una guía que tiene la gerencia para la realización de una buena gestión, la persona encargada de realizar los contratos. Puede hacerlo con una persona que no se encuentre dentro de la lista, por ejemplo, si ve en un caso particular que puede ser mejor para la compañía comprar de manera directa a un proveedor no inscrito. Claro está que si la entidad tiene un estatuto interno contractual en el cual se le restringe la posibilidad a

esa persona para la contratación, según el cual sólo se puede contratar con las personas que se encuentren dentro de esa lista de proveedores, se podrá recurrir a esa posibilidad, pero se puede incurrir con ello en una falta laboral grave a nivel interno de la empresa que podría comportar incluso la terminación del contrato de trabajo.

3. La aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

La aplicación del derecho común en el régimen de los servicios públicos para las entidades estatales trae una excepción más en la cual se aplican las reglas del derecho público: el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993. Las inhabilidades e incompatibilidades tienen su fundamento en el principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el particular, en que ese interés general siempre debe ser el propósito y la conducta imperante para el ejercicio de la función administrativa; conceptos tales como moralidad e imparcialidad deben estar siempre como un principio a seguir según nuestros claros mandatos constitucionales, por esta razón, si alguna persona choca con esas normas constitucionales, deberá renunciar a su posibilidad de contratar con las entidades públicas.

Con estas normas sobre las inhabilidades e incompatibilidades se busca que exista una mayor transparencia en las decisiones que tomen las diferentes entidades, sobre todo proteger la utilización de los recursos del Estado, buscando que estos no lleguen a manos de sujetos que están incurso en circunstancias que no les permitan contratar con el Estado. Las incompatibilidades son impedimentos constitucionales o legales de una persona que no le permiten contratar, licitar o concursar con el Estado, relacionadas principalmente con las personas que desempeñan o desempeñaron un cargo público y de éstos con su esposa o sus parientes. La inhabilidad es la carencia de aptitud jurídica de una persona para contratar, licitar o concursar con el Estado, por ejemplo, la persona a la que se le declaró la caducidad de su contrato está inhabilitada para contratar con el Estado por el término de cinco años.

La Ley 80 de 1993 trajo un régimen de inhabilidades e incompatibilidades en su artículo 8.º, éstas, por ser una sanción, son de derecho estricto y su interpretación y aplicación es de carácter restrictivo²⁴².

El artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 determina:

De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1.º Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. f) Los servidores públicos. g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación. h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación. i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años. (Incluida por la Ley 1424 de 2011). k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue

242 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 925, de 3 de octubre de 1996, C. P.: ROBERTO SUÁREZ FRANCO.

elegido el candidato. La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política. Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías. La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e) se extenderán por un término de cinco años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2.º Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. e) Los miembros de las juntas

o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada. Parágrafo 1.º La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2.º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En la Ley 142 de 1994 se incorporó en los artículos 44.4 y 37, la aplicación para las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, del Estatuto Contractual, en lo relativo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

a. El artículo 44.4 de la ley hace referencia a que, en materia contractual, a los contratos de las *entidades oficiales* que prestan servicios públicos domiciliarios²⁴³ se les aplican las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993.

b. El artículo 37 de la ley, sobre la desestimación de la personalidad interpuesta, determina los criterios de interpretación que deben guiar a las autoridades, tanto administrativas como judiciales, cuando se esté frente a casos de presunta violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y dice que lo importante es tener en cuenta quién es el beneficiario real, mostrando la importancia de la sustancia sobre la forma; por tanto ya aquí, en los servicios públicos domiciliarios, la inhabilidad o la incompatibilidad no está determinada por el acto simplemente formal²⁴⁴.

Hay que señalar que de por sí el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que trae la Ley 80 de 1993 es uno de los temas que más complicaciones ha comportado. Ya que esta ley en su numeral 1, literal a, artículo 8.º dice que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: “Las personas que

243 Las entidades oficiales serían, de acuerdo a las primeras definiciones que se dio del tema, las empresas de servicios públicos oficiales, los municipios y las empresas industriales y comerciales del Estado.

244 La Corte Constitucional sobre el punto dijo: “El debido proceso en este caso, no es una mera condición de temporalidad, pues en el análisis de la legalidad de los actos y contratos ocurridos con ocasión de la prestación, control, fiscalización y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, pretende el legislador, sobreponer la sustancia sobre la forma, teniendo en cuenta no solamente quiénes figuran como intervinientes o beneficiarios de los tales actos, sino también quiénes realmente intervinieron o se beneficiaron de ellos...”. Sentencia C-066 de 1997, cit.

se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”, por tanto se dejaron vigentes todas las normas anteriores y posteriores que incluyan alguna causal de inhabilidad. Esto ya trae un problema serio de hasta dónde se puede ir con las normas de Ley 80, que además remite a todas las anteriores y posteriores que el legislador expida sobre el tema.

Y ahora que ya determinamos cuál es la situación concreta de las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 para aplicarlas a las entidades oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, debemos hacerlo únicamente en lo que les sea pertinente, esto significa que, además de buscar si existe o no una inhabilidad o incompatibilidad en un caso concreto, buscar quien sería el beneficiario real en un proceso contractual. No solo se aplican las causales sino también los efectos que producen, las inhabilidades sobrevinientes y las excepciones a su aplicación.

4. En cuanto al perfeccionamiento del contrato

Dentro de los aspectos de perfeccionamiento del contrato vamos a tocar dos puntos. El primero tiene relación con el momento del nacimiento o formación de los contratos y con los requisitos que hay que cumplir con ese instante. En este punto se determina que todos los contratos que realizan las entidades prestadoras de servicios públicos, por estar basadas en el derecho común, son consensuales (son aquellos contratos para cuya formación basta el consentimiento de las partes, sin que sea preciso cumplir con formalidades *ad solemnitatem* ni entregar la cosa materia del contrato²⁴⁵); en el derecho privado los contratos son consensuales a menos que la misma ley exija que deban cumplir una formalidad específica.

En el régimen de los servicios públicos domiciliarios no se aplica el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, donde se exige que “los contratos que celebren las entidades públicas *constarán por escrito*” (resaltado fuera de texto). Los contratos que se realizan con la Administración Pública son solemnes (deben cumplir con una solemnidad objetiva²⁴⁶), y tales solemnidades son exigidas por el legislador en atención a la naturaleza

245 JORGE LÓPEZ SANTAMARÍA. *Los contratos. Parte general*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1986, p. 91.

246 *Ibíd.*, p. 92.

del acto, buscando la protección de las entidades cuando sean parte de una actividad contractual.

El segundo punto atañe a la legitimación (poder de disposición) para contratar, que es “la aptitud de la parte para obtener o recibir los efectos jurídicos del contrato creado, y relativo a la posición del sujeto respecto a los intereses que van a ser regulados”²⁴⁷; en la doctrina privada se ha dicho que se puede actuar en interés propio o en interés ajeno, llamando a esta última “representación”. La representación es el

poder de disposición para ante los demás que le permite a alguien (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato, y declarando que obra en nombre y por cuenta ajenos, sin vincularse personalmente y sí haciendo que todos los efectos de su actuación vayan a parar directamente al *dominus*²⁴⁸.

Es esta la teoría que se aplica a las empresas que prestan servicios públicos, y en general, a todas las personas jurídicas. A lo largo de la historia, variadas han sido las teorías que justifican la capacidad de las persona jurídicas o su incapacidad. Los clásicos franceses centraban sus esfuerzos en tratar de explicar que las personas morales, como se les denominaba en la doctrina de ese país, tenían un tratamiento similar al de los incapaces, que en razón de que no pueden tener su propia voluntad, requieren de un representante que actúe por él y manifieste su voluntad, en idéntica situación que los incapaces.

En una línea paralela de desarrollo en términos históricos, se abandonó la lógica de la incapacidad de las personas jurídicas, se sostuvo que la personalidad jurídica a ellas otorgada así como la capacidad de ejercicio eran atribuciones ficticias otorgadas por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, las personas jurídicas y los atributos derivados de la personalidad eran ficciones del derecho para permitir que las mismas desarrollaran sus actividades en el tráfico jurídico.

Con posterioridad, en una lógica que permanece vigente en gran parte de los desarrollos doctrinales comparados y nacionales, se ha sostenido que tanto las personas jurídicas así como sus atributos entre los cuales se encuentra la capacidad, no son ficciones, sino que en

247 RENATO SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINESTROSA FORERO (trad.), Bogotá, Externado, 1991, p. 15.

248 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “De la representación”, inédito, 1993.

efecto se trata de personas en todo el sentido jurídico del término. Con la aclaración obvia, pero no insulsa, que siempre serán personas jurídicas y nunca tendrán el mismo *status* jurídico de las personas físicas o naturales, al menos no en todos las áreas del derecho.

La aceptación de la plena personalidad y de la plena capacidad de las personas jurídicas, en términos casi idénticos que para las personas físicas, trajo una complicación adicional relacionada con la forma de expresión de la voluntad de este tipo de entes. En otras palabras, aceptar que son personas en todo el sentido, que pueden ser capaces, realizar actos voluntarios, exige un esfuerzo ulterior para explicar esto en una persona que no tiene un respaldo físico y psicológico. Es decir, a una persona que desde la perspectiva naturalista no es capaz de voluntad.

En desarrollo de esta teoría se concibió la del órgano al interior del derecho comercial, en este esquema se explica que si bien la persona jurídica no es capaz de una voluntad desde la perspectiva "naturalista", si es posible concebir la existencia de voluntad de la persona jurídica desde el punto de vista jurídico. Esta voluntad es independiente de las de los socios que conforman la persona jurídica, los representantes o administradores, y en general de todas las personas naturales que se encuentran en el engranaje y hacen parte del funcionamiento de alguna persona jurídica.

Sin embargo, para no dejar en cualquiera de las personas naturales que intervienen en el funcionamiento de las personas jurídicas la posibilidad de manifestar la voluntad de ésta, es que se ha elaborado la teoría del órgano, según la cual la competencia para manifestar la voluntad de la persona jurídica, por tanto la posibilidad de comprometerla con terceros, se encuentra en determinados órganos. Estos órganos son justamente los órganos sociales que pueden encontrarse al interior en las sociedades. Cada uno de ellos, como los órganos del cuerpo y de allí su nombre, está diseñado para desarrollar determinadas competencias al interior de la persona jurídica. A partir de este momento, como consecuencia de que es la realidad fáctica del caso analizado, se utilizarán de manera indistinta los términos persona jurídica y sociedad, a pesar de ser plenamente conscientes de su relación de género a especie.

En este marco, la ley y los estatutos de las sociedades, personas jurídicas por excelencia, son las que llevan a la realidad la teoría del órga-

no. Las normas con contenido jurídico capaces de concretar en la realidad la teoría del órgano son los estatutos sociales. En ellos se traza de manera clara cuáles serán los órganos sociales, en aquellas sociedades en donde haya libertad de determinación de los órganos u órganos opcionales y las funciones que a cada uno de ellos se atribuye. En relación con lo anterior, se debe partir de la premisa que el aspecto analizado requiere de un estricto análisis jurídico de derecho comercial, pero no por ello puede abandonarse por completo alguna referencia al derecho administrativo, cuando así se exija. Esta premisa parte de la base de que las relaciones entre los diferentes órganos sociales, como aquellas que surgen entre la Junta Directiva y el Representante Legal, son una materia de estricto derecho comercial. Habida cuenta de lo anterior, se debe recordar que según la legislación comercial vigente, los órganos principales de las sociedades anónimas son: i. La asamblea general de accionistas; ii. La junta directiva; iii. El representante legal; y iv. El revisor fiscal²⁴⁹.

Entre estos diferentes órganos sociales o los demás que convencionalmente se creen, se distribuyen todas las competencias necesarias para el funcionamiento de la sociedad. Como corolario lógico de lo anterior, se establecen relaciones entre los diferentes órganos. La función natural del representante de una sociedad, es decir del representante legal de una sociedad anónima es justamente la de celebrar y ejecutar todos los actos y contratos necesarios para el normal desarrollo del objeto social. En efecto, así lo contempla el Código de Comercio²⁵⁰ que prescribe:

Artículo 196. Funciones y limitaciones de los administradores. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. // *A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros*” (resaltado nuestro).

249 Lo anterior puede observarse en los artículos 203, 419, 434 y 440 del Código de Comercio, entre otros.

250 Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

La función de celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social puede estar limitada. La limitación a estas funciones, según el artículo recién transcrito, debe constar de manera expresa en el contrato social, los estatutos de la sociedad anónima, inscritos en el registro mercantil.

En las empresas de servicios públicos debe existir una junta directiva²⁵¹ que designa un representante legal para que administre su patrimonio y sobre todo, para que celebre negocios a su nombre, es decir, “para que desempeñe funciones administrativas y funciones representativas”²⁵². Las empresas de servicios públicos, al regirse por el derecho privado, crean la sociedad, constituyen una junta directiva y ésta elige al representante legal, determinándose en los estatutos las funciones que le van a ser otorgadas. Esto es lo que le da capacidad a ese representante para comprometer a la empresa, sin que necesariamente sea el único que pueda hacerlo, ya que en los mismos estatutos se puede determinar quién más puede comprometer contractualmente a la empresa.

¿Qué ocurre si el representante legal excede las limitaciones que le impone la junta directiva? Las causales de nulidad, ineficacia e inexistencia tienen expreso origen legal, y son taxativas. En repetidas ocasiones la Superintendencia de Sociedades²⁵³ ha señalado que el contrato celebrado por un representante legal cuando excede el límite de las facultades otorgadas estatutariamente, no adolece en estricto sentido de ninguna de las causales de ineficacia contenidas en el Código Civil o el Código de Comercio.

Diferente resulta que en virtud de las limitaciones estatutarias inscritas en el registro mercantil y oponibles a todos los sujetos que se encuentren en el tráfico jurídico, el contrato celebrado por el representante legal no vincula a la sociedad, sino al representante mismo. En efecto, la Superintendencia de Sociedades ha tenido la oportunidad de señalar con claridad que:

251 La junta directiva siempre debe existir, de acuerdo con nuestra interpretación de los artículos 19.4 y 19.16 de la Ley 142 de 1994; cfr. infra.

252 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. 1, “Negocios de sustitución”, Bogotá, Externado, 1987, p. 90.

253 Ver citas subsiguientes.

Las referidas consideraciones, responden al primer interrogante, puesto que a juicio de este despacho permiten concluir que *el negocio jurídico celebrado existe y es válido frente al representante legal, pero no vincula a la sociedad*, por exceder el límite de las facultades conferidas para obligarla²⁵⁴.

Lo anterior, pues no existe en la legislación comercial una previsión en el sentido de que los actos celebrados en exceso de las atribuciones por el representante legal de una sociedad sean nulos, ineficaces o inexistentes, lo que aunado a la taxatividad de las normas sobre la materia, trae como consecuencia ineludible la conclusión a la que se arribó: el contrato es plenamente válido. Sin embargo, el mismo no vincula a la empresa bajo el entendido de que hubo exceso sobre lo autorizado al presidente para la suscripción de contratos.

Una vez efectuado el anterior análisis, relativo a la validez del contrato, pero sin que ello implique que se vincule a la sociedad representada en las obligaciones del mismo, es necesario entrar en un estudio ulterior respecto de la posibilidad de que ese contrato empiece a vincular efectivamente a la sociedad, lo cual se realizaría por medio de la convalidación. Este tipo de casos en los que existe extralimitación de las facultades es usual, por lo tanto es posible encontrar abundantes decisiones y conceptos sobre la materia. Al respecto es posible responder con conceptos de la propia Superintendencia de Sociedades, que sobre la materia ha indicado:

Por lo anterior, a pesar de que de acuerdo con lo planteado, *el representante legal procedió a celebrar el negocio jurídico de compraventa excediendo sus facultades legales* y omitió la autorización del órgano social competente, en los términos previstos por el artículo 191 del Código de Comercio, podría impugnarse tal decisión; *sin perjuicio también de someter la operación realizada a la convalidación de la junta directiva*²⁵⁵.

En el mismo sentido, en otro concepto la propia Superintendencia de Sociedades indicó:

En relación con la responsabilidad de los miembros de *la junta directiva respecto de actos o contratos ejecutados por el representante legal sin contar con*

254 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-014429 de 6 de abril de 2004, disponible en [http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_14429_04.doc].

255 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-014429 de 6 de abril de 2004, disponible en [http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_14429_04.doc].

la autorización de ésta, debiendo por estatutos contar con la misma previa su realización, cabe mencionar lo consagrado en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, según el cual, no estarán sujetos a responsabilidad alguna los administradores que no hayan tenido conocimiento de la acción o hayan votado en contra, siempre que no la ejecuten, con lo cual se colige que no asistirá a los mismos responsabilidad civil alguna por los actos adelantados por el representante legal en extralimitación de sus facultades. *Contrario sensu*, en el caso anotado, les asiste a los miembros del citado órgano colegiado de administración, la responsabilidad administrativa de efectuar las gestiones a que haya lugar, ya sea con el fin de regularizar tal extralimitación (ésto, en cumplimiento de su deber a que alude el num. 2 art. 23 *ibíd.*, de velar porque al interior de su administrada se de cumplimiento a las disposiciones legales y estatutarias que la rigen), por lo cual, si a ello hay lugar, *deberán gestionar la convalidación del acto o contrato por parte del órgano competente*, o de dejar sin efecto el acto o contrato ilegal. (Según el art. 23 citado, es deber de los administradores actuar siempre en interés de la sociedad y en el de sus *asociados*)²⁵⁶.

Es decir, que los actos y contratos celebrados en exceso sobre las facultades otorgadas al Presidente pueden ser convalidados con posterioridad. Además de ello, en virtud de las obligaciones legales de los administradores, es deber del representante buscar el saneamiento de este tipo de actos para ajustarlos al ordenamiento vigente²⁵⁷. En otras palabras, el curso regular que establece el ordenamiento jurídico, que ha sido aceptado por la Superintendencia de Sociedades, es que el representante legal busque la convalidación de los contratos celebrados en exceso de los límites que a su representación imponen los estatutos sociales. Habida cuenta de lo anterior, solo resta un cuestionamiento adicional. El mismo se origina dado que no existe claridad sobre el órgano social competente para convalidar los actos del representante legal y las consecuencias jurídicas que podrían recaer sobre aquél órgano por haber ratificado la conducta del representante. Sobre este aspecto ha señalado la Superintendencia de Sociedades:

Con la anterior afirmación queremos significar, que ni siquiera en el evento en que la junta de socios se hubiese reunido en los términos del artículo 186 del

256 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-004788 de 1.º de febrero de 2007, disponible en [<https://studylib.es/doc/8443143/220-004788-del-01-de-febrero-de---superintendencia-de-soc...>].

257 El numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, cit., preceptúa que es un deber de los administradores: "Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias".

Código de Comercio en concordancia con los artículos 424 y siguientes de la misma obra, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, *podría ocuparse de la autorización al representante legal, pues rebasa sus atribuciones en razón de haberse delegado en otro órgano [la junta directiva], como se observa del tenor del artículo vigésimo primero, literal c) de los estatutos sociales, el cual, al parecer, se encuentra vigente*²⁵⁸.

Es decir, que el órgano competente para ratificar o convalidar el contrato celebrado por el representante legal sin autorización, es aquél que tiene la competencia inicial para realizar la autorización previa. En otras palabras, la responsabilidad que tiene el representante legal es la de llevar la solicitud de convalidación a la junta, en caso de no haber actuado como lo determinan los estatutos, en consecuencia, la ratificación de los actos del primero no traería ninguna consecuencia desfavorable para la junta directiva o sus miembros. Lo anterior, porque los efectos serían idénticos a los que surgen de una autorización previa por parte de la junta, ello así, en virtud de los efectos retroactivos que tienen las ratificaciones.

Pero la anterior apreciación no es absoluta. Porque en este sentido puede darse dentro de esas empresas una legitimación aparente, que ocurre cuando existe una “tácita aquiescencia de una persona a la gestión de sus negocios por otra” (art. 2149 C. C.) aquí se da una tutela natural del interés del tercero, cuya creencia de estar contratando con la persona que tiene poder de disposición por intermedio del agente posee una base sólida. Agregándole la sanción que establece el artículo 842 del Código de Comercio según la cual cuando el representante que inspirando confianza a un tercero da motivo para que este crea, “conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.

Ahora, ¿porqué es importante explicar este punto? Había que abordarlo por cuanto todavía existe una arraigada concepción administrativa de la prestación del servicio dentro de las empresas que prestan servicios públicos, siendo que con la nueva normatividad ya no serían aplicables las normas propias del derecho público. Los empleados de

258 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-1057, de 1999, disponible en [http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/1757.pdf].

la empresas todavía creen que para poder contratar se deben basar en la competencia de los funcionarios para comprometer, entonces, por esta creencia dicen que debe aplicarse la normatividad propia del derecho público, como lo es la utilización del artículo 122 Superior que dice: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”, esto significa que en esas entidades se aplican una reglas específicas de competencias propias del derecho administrativo, competencias que se definen como la facultad que tiene la autoridad para ejercer determinada función y que si no se cumplen el “acto nace, pero viciado de ilegalidad”²⁵⁹.

En el caso específico de la contratación estatal, una persona que no esté facultada para contratar, salvo que haya delegación (cosa que no existe en materia de servicios públicos), no podría hacerlo, so pena de que su acto esté viciado de nulidad. En servicios públicos es muy diferente, ya que si existe una legitimidad aparente esa persona en casos determinados podría comprometer y hacer obligatorio el cumplimiento por parte de la empresa.

En servicios públicos no se aplica la competencia en el sentido de derecho público para poder actuar. En servicios públicos se aplica el derecho civil y el comercial, por tanto el contrato celebrado por una persona que no sea el representante legal de una empresa si las circunstancias de tiempo, modo y lugar dan a entender que esa persona tiene capacidad para comprometer esa empresa, vincula a esa entidad, por cuanto se daría una legitimidad aparente que crearía derechos y obligaciones entre las partes.

En conclusión tenemos que el representante tiene plenas facultades para comprometer a la empresa, salvo que sea limitada por la junta o la asamblea de socios. En caso de celebrar un contrato excediendo sus facultades, puede solicitar la convalidación y los actos recaerían sobre la empresa; en caso de no hacerse, recaerían sobre el representante legal. Pero si el contrato es firmado de buena fe entre las partes y uno de ellos excede sus facultades, pero con la creencia que es completamente válido entre los dos y observando una clara legitimación aparente, el contrato podría ser válido entre las partes.

259 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, cit.

5. En cuanto a la tipología y las cláusulas contractuales

Es ya un principio de la contratación tanto pública como privada, que los contratos se rigen por la autonomía privada, que es el “poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos”²⁶⁰. La autonomía privada es un poder ya que crea una relación jurídica que antes no existía, es además un poder jurídico mediante el cual se pueden satisfacer necesidades e intereses de los individuos ya que crea normas jurídicas y por eso mismo, de crear normas jurídicas es un poder normativo²⁶¹. Este postulado da facultad a la parte contratante para contratar o no, con quién hacerlo, determinar el contenido de la disposición, escoger el tipo de contrato, etc. Teniendo esta autonomía como límites, el orden público²⁶² (incluyendo las normas imperativas) y las buenas costumbres²⁶³.

Entonces, en materia contractual, los prestadores de servicios públicos domiciliarios tienen la facultad de negociar con su contraparte, escoger el tipo de contrato, así no se encuentre dentro del catálogo de contratos que trae la ley, pudiendo utilizar los contratos atípicos para el mejor desarrollo de su actividad empresarial, o crear nuevos, etc.

6. En cuanto a las obligaciones precontractuales

En el tema de la etapa precontractual, en los servicios públicos se manejan las instituciones propias del derecho privado, por lo que el uso de instituciones del derecho administrativo, esto es la aplicación del

260 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Externado, 1988, p. 12.

261 NICOLÁS PÁJARO MORENO. “El contrato y sus principios orientadores”, en MARCELA CASTRO CIFUENTES (comp.). *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Temis, 2009.

262 El orden público “son aquellos asuntos que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados, y se inspiran más en el interés general que en el de éstos”. GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales* t. II, Medellín, Edit. Dike, 1994, p. 242.

263 Por moral se entienden “aquellas normas de conducta que la conciencia social de la colectividad expresa de tiempo en tiempo, y según el ambiente, como aquel tanto de moralidad cuya observancia se reputa indispensable para los fines de un ordenado desenvolvimiento de la vida en relación”. SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, cit., p. 225.

estatuto contractual, es excepcional en este sector. Vamos a analizar los principales figuras que se utilizan en la etapa precontractual como lo son : a. Las negociaciones; b. La oferta; y c. La invitación a un concurso.

a. Negociaciones (contactos preliminares)

Que es aquella fase preliminar donde las cláusulas, los elementos, las modalidades del contrato proyectado, son estudiados y discutidos por los candidatos a ser parte. Este periodo de conversaciones en el cual se contemplan propuestas y contrapropuestas, tiene una culminación natural, cual es la formulación de la propuesta seguida de una aceptación. Aquí no existe contrato, ni siquiera una oferta, lo que existen son acuerdos parciales; no son necesarios, pueden estar o no estar presentes, pero son importantes para la formación del consentimiento²⁶⁴.

A las negociaciones las gobiernan dos principios: la libertad de romperlas y la buena fe²⁶⁵. Las negociaciones se pueden romper en cualquier momento, siempre y cuando el otro interesado no haya confiado en forma legítima en que el contrato se celebraría²⁶⁶. Ya que si un negociador rompe las negociaciones o las hace romper, sin justo motivo, entra en el campo de la *culpa in contrahendo*²⁶⁷, es decir, la culpa en el curso de las negociaciones, debiendo indemnizar al otro participante en lo que corresponde al interés negativo, cuando pruebe que confiando en el estado de las negociaciones, incurrió en gastos que no hubiera hecho si hubiera podido prever que el contrato no se celebraría, etc. El interés negativo son los gastos tales como: tiempo, papelería, mensajeros, pérdida de la oportunidad²⁶⁸. Se prueba a través del régimen ordinario de responsabilidad (daño, culpa y relación de causalidad).

b. Oferta

Es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (art. 845 C. de Co.): la oferta está destinada a dar nacimiento a un contrato

264 MARTA HINESTROSA REY. "La formación del contrato", tesis de grado, Bogotá, Externado, 1988, p. 6.

265 LINA BIGLIAZZI GERI *et ál.* *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, "Hechos y actos jurídicos", FERNANDO HINESTROSA FORERO (trad.), Bogotá, Externado, 1992.

266 SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, cit., p. 120.

267 BIGLIAZZI GERI *et ál.* *Derecho civil*, cit., p. 753.

268 *Ibid.*, p. 760.

bajo la sola condición de ser aceptada. La Corte Suprema de Justicia determinó que la propuesta debe tener ciertos elementos, estos son: que sea firme (voluntad de celebrar el contrato); inequívoca (es clara la intención de negociar); completa (deben constar los elementos esenciales del contrato); y recepticia (cumple sus efectos cuando se dirige a otra persona)²⁶⁹

El artículo 846 del Código de Comercio colombiano determina que la oferta es irrevocable, por lo que una vez comunicada no podrá retractarse el proponente ya que si lo hace, la persona deberá indemnizar a la otra por los perjuicios causados; la propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

Pareciera que se pudiera retractar y lo único que tendría que hacer el oferente es indemnizar perjuicios que se causen al destinatario, esto no es así, la interpretación correcta es que el incumplimiento del acto jurídico obligatorio genera a favor del acreedor la acción de cumplimiento y, subsidiariamente, la indemnizatoria de perjuicios²⁷⁰. Los perjuicios a que se tiene derecho por este hecho serán los mismos que la retractación en las negociaciones preliminares, esto es el interés negativo. Esto determina la aplicación de un principio del derecho que es el de proceder de buena fe, y en caso de no hacerlo en la etapa precontractual, la parte que no siguió este lineamiento deberá indemnizar a la otra que sí lo hizo²⁷¹ (art. 863 C. Co.).

Como paso posterior, viene la aceptación de la oferta, que es el acto mediante el cual el destinatario manifiesta estar de acuerdo con ella, la aceptación puede ser expresa o tácita. Para que la aceptación sea válida debe ser inequívoca (se observa con claridad la voluntad de realizar el contrato), debe ser pura y simple ya que de incluirle observaciones o modificaciones estamos hablando de una nueva propuesta²⁷² y debe

269 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 4473, de 8 de marzo de 1995, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, disponible en [<http://www.notinet.com.co/pedidos/csj-1995.doc>].

270 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, p. 157.

271 HINESTROSA REY. "La formación del contrato", cit., p. 9.

272 Artículo 855, Código de Comercio.

ser oportuna (antes de que haya expirado la oferta, por el plazo previsto por las partes, el oferente o por la ley)²⁷³.

El efecto de haber recibido la aceptación del destinador de la oferta, de acuerdo con el artículo 864 del Código de Comercio, en forma oportuna, es el contrato, el cual se entiende celebrado en el lugar de residencia del proponente o en el momento que éste reciba la aceptación de la propuesta. También se presume la aceptación cuando se prueba la remisión de acuerdo con los artículos 850 y 851. Claro está que si por ley o voluntad de las partes el contrato esta sometido a una solemnidad, solo se podrá perfeccionar si se realiza la solemnidad prevista.

c. La invitación a un concurso. La licitación

En este punto nos encontramos con un proceso mediante el cual la persona que requiere el bien, el servicio o la obra manifiesta ante un número determinado o indeterminado de personas su intención de negociar, esto significa que el interesado recibirá una pluralidad de ofertas, las analizará y contratará con la que sea más beneficiosa para sus intereses y en caso de no interesarse en ninguna, así lo informa desde el principio, declarar desierto el proceso. Este tipo de invitaciones desde el punto de vista del derecho privado se observa para contratar actividades que tienen cierta complejidad. Desde el punto de vista de las buenas prácticas gerenciales, se acostumbra a tener un manual de contratación y en él se determina cuándo se requiere de un procedimiento que busque una pluralidad de oferentes, en el ámbito de la administración de entidades públicas se realiza para dar cumplimiento a los postulados que traen los artículos 13 y 209 de la Constitución Política.

No se puede confundir la propuesta con una invitación a negociar: cuando se presenta una oferta una vez comunicada es irrevocable y en caso de revocarse, deberá indemnizar, la invitación a negociar es solo eso, una invitación a conocer las condiciones de una posible contratación, se van a iniciar una tratativas, el que inicia el proceso tiene la facultad de continuar con la contratación o simplemente no contratar. Obviamente sin violar la buena fe contractual. En caso de presentarse una convocatoria para solicitar ofertas, en la que de forma clara y

273 Artículos 850 y ss., *ibíd.*

contundente se informa que quien cumpla con los pliegos y presente la mejor propuesta será seleccionado, esto constituye una oferta de acuerdo con la ley, esto es, con el Código de Comercio.

Claro, que como estamos ante la autonomía de la voluntad y el régimen de derecho privado, puede ocurrir que dentro de la misma convocatoria se informe que la empresa se reserva la facultad de no seleccionar a ninguno, esto es, declarar desierto el proceso. Por lo que a pesar que sea una oferta y exista un ganador del proceso, no es obligatoria la celebración del contrato. Contrario a lo anterior, esto es, sin informar la salvedad, si se dan todos los elementos con los cuales se determinan por parte del invitante la intención de contratar y todas las características necesarias que se requieren para que con la sola oferta se contrate con quien cumpla el pliego y sea el mejor oferente, en este caso la solicitud es vinculante para ambas partes. Significa que irremediablemente se contratará con el seleccionado, en caso contrario existirá el deber de indemnizar.

En este caso nos estamos refiriendo al artículo 860 del Código de Comercio. Que determina:

Licitaciones pliego de cargos. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

Aquí se observa que el pliego tendrá los elementos propios del contrato y las reglas que van a regir ese proceso. Las personas que asisten al proceso formulan su propuesta, que es su oferta, y de ser el seleccionado, esto es se le acepta su propuesta, se perfeccionará el contrato²⁷⁴.

La norma determina que es “en todo género de licitación pública o privada”, lo cual significa que se aplica en las licitaciones abiertas a todo aquel que quiera participar en ellas (licitación pública) y en licitaciones abiertas a un grupo determinado de personas (licitación privada). Licitación pública no significa licitación realizada por una entidad estatal y licitación privada por sujetos del derecho privado, por cuanto

274 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 5716, de 4 de abril de 2001, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, disponible en [https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_civil_e_no_5716_de_2001.aspx#/].

el artículo 860 del Código de Comercio aplica para los comerciantes o inclusive a los no comerciantes y las reglas del Estatuto Contractual a las entidades públicas sometidas a él. Por lo que en este caso, se aplicará solo a los sometidos al derecho privado²⁷⁵.

7. Los modos de extinción de las obligaciones

Se entiende por modos de extinguir las obligaciones aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor²⁷⁶. En la Ley 80 de 1993 para extinguir las obligaciones se debe hacer uso del artículo 60, que habla sobre la liquidación de los contratos, por cuanto de esta forma es que se finiquita la relación que tiene la Administración con el contratista. La caducidad de la acción (aquí no hablamos de caducidad en el sentido de sanción) no la contamos como un modo de extinguir las obligaciones, por cuanto por este medio la obligación no se termina, sino que lo que ocurre es que no se hace exigible, se extingue la acción pero no el derecho, la obligación subsiste pero no se puede cobrar²⁷⁷.

En cambio, dentro de la Ley 142 se aplica el derecho privado, por tanto, para terminar un contrato se hace lo que podría llamarse una liquidación material, no jurídica, ya que se termina al darse una de las causales que trae el artículo 1625 del Código Civil sobre la extinción de las obligaciones, las cuales son:

- Por pago: ocurre cuando se satisface a cabalidad el derecho del acreedor (art. 1626 C. C.). Ej., debo \$ 1.000 y los pago.

- Por novación: que es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (art. 1687 C. C.). Ej., cuando existe cambio del deudor.

- Transacción: es un contrato por medio del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual (art. 2.469. C. C.).

275 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit., p. 161.

276 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1994, p. 301.

277 HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones del derecho procesal civil*, t. I, Parte general, Bogotá, Dupre Editores, 2005, p. 513.

- Remisión: modo de extinguir las obligaciones que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor (art. 1454 C. C.).
- Compensación: es el modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas, que evita doble pago entre éstas. Las dos personas son deudoras y acreedoras al mismo tiempo. Ej., te debo mil y por un contrato de arrendamiento tú me debes mil: se compensan las deudas (art. 1717 C. C.).
- Confusión: modo de extinguir las obligaciones por la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedora y deudora. Debo \$1.000 a una empresa y posteriormente resulto ser, por cualquier motivo, dueño de la misma. La obligación se extingue porque yo no puedo ser acreedor o deudor de mí mismo (art. 1754 C. C.).
- Por pérdida de la cosa que se debe: se extingue la obligación cuando el cuerpo cierto que se debe no puede ser entregado al acreedor, porque perece, se destruye, desaparece, etc. (art. 1729 C. C.).
- Por prescripción: es el modo de extinguir los derechos ajenos, por no haber ejercido el deudor las acciones por un lapso de tiempo (art. 2512 C. C.).

C. El juez del contrato

Lo primero que es necesario aclarar es que, como es bien sabido, los contratos que realizan las empresas de servicios públicos, por regla general, se rigen por el derecho privado (civil y comercial), según el artículo 31 de la Ley 142²⁷⁸ y artículo 8.º de la Ley 143, ambas de 1994²⁷⁹; también es sabido que no es el régimen jurídico aplicable a esas actividades negociales el que determina el juez del contrato, y que, por consiguiente, pueden existir contratos de derecho privado en los cuales la jurisdicción aplicable sea la contencioso administrativa y no la ordinaria o viceversa. En este punto vamos a hacer un análisis detallado de que ocurrió con el juez competente para conocer de las controversias contractuales que se susciten cuando existe un operador de servicios públicos domiciliarios, por cuanto no ha sido un tema pacífico por la doctrina, vamos a observar su desarrollo desde que se expidió la Ley 142 de 1994 hasta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso.

278 Modificado por el artículo 2.º de la Ley 689 de 2001, cit.

279 *Supra* cap. segundo, III.A.

La ley de servicios públicos creó un régimen de excepción de aplicación de la Ley 80, en relación con el juez del contrato, es claro que la ley reconoce, como regla general, la supremacía del derecho privado sobre los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, por tanto, al parecer había quedado consagrada la resolución de conflictos, también por regla general, por parte del juez ordinario²⁸⁰. Pero el régimen jurídico de los servicios públicos no quedó puro, como varios autores hubieran querido, sino que por el contrario resultó un régimen mixto, no muy claro, que ha sido motivo de constante debate tanto en la jurisprudencia como por la doctrina nacional. Para tratar de darle solución a este punto vamos a explicar la evolución jurisprudencial y legislativa de la jurisdicción aplicable al régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Los primeros pronunciamientos del Consejo del Estado acerca de la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que con ocasión a los contratos realizaran los operadores de servicios públicos, dependían de su naturaleza jurídica: si era un establecimiento público o un municipio lo juzgaría el contencioso administrativo, si era una empresa industrial y comercial del Estado, un particular, con lo que la jurisdicción competente era la ordinaria.

La Ley 142 de 1994 no determinó cuál iba a ser la jurisdicción aplicable en caso de conflicto, entonces se debía realizar, como se ha venido haciendo, según el régimen general (Dcto. 3130 de 26 de diciembre de 1968²⁸¹)²⁸². En pronunciamiento posterior, el Consejo de Estado²⁸³

280 Cfr. Consejo de Estado. Auto S-701 de 1997, cit.

281 *Diario Oficial*, n.º 32.687, de 17 de enero de 1969, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2763>].

282 “Con base en las consideraciones que anteceden, la Sala llega a la conclusión de que ni la Ley 142 ni la Ley 143, ambas de 1994, trajo modificación alguna en relación con la jurisdicción competente para juzgar a los establecimientos públicos y a los municipios, ni siquiera en relación con las actividades tendientes a lograr la prestación de servicios públicos domiciliarios [...] Al momento de presentación de la demanda, la naturaleza jurídica de la entidad demandada era de un establecimiento público del orden municipal, entidades cuyo juzgamiento corresponde a esta jurisdicción conforme a lo dispuesto por el Decreto 3130 de 1968, sin lugar a distinción en relación con la actividad de la cual provenga el hecho generador de la indemnización que se reclama”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 11.653 de 25 de abril de 1996, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 11.658, de 7 de junio de 1996, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

283 Sala Plena. Auto S-701 de 1997, cit.

determinó que la Ley 142 de 1994 había puesto a tono el nuevo contexto normativo nacional con la Constitución Política de 1991 y que por tanto, el esquema de servicios públicos igual a derecho público, además igual a jurisdicción contencioso administrativa, se encontraba revaluado. Con el cambio constitucional se había creado un régimen especial para los servicios públicos y este régimen había sido regulado por el legislador en la Ley 142 de 1994.

En el Auto S-701 citado se desarrollaron los siguientes lineamientos a seguir: a. El régimen contractual de los servicios públicos no se rige por la Ley 80 de 1993, por cuanto su régimen jurídico es el de derecho privado; b. Todas las entidades que presten servicios públicos se van a someter a un mismo régimen, ahora no importa si son privadas o públicas; c. Los actos y contratos de aquellas entidades, por regla general, estarán sometidos al derecho privado y la jurisdicción será la ordinaria; d. Los contratos que contengan cláusulas exorbitantes serán del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; y e. El contrato entre la empresa y el usuario es mixto y debe ventilarse ante la jurisdicción administrativa²⁸⁴. No vamos a ahondar en los casos de cláusulas exorbitantes y el contrato de servicios públicos, ya que serán temas que se desarrollaran más adelante. La conclusión siempre ha sido que es la jurisdicción contenciosa.

Con la expedición de la Ley 446 de 1998 ya citada, empezaron a surgir dudas acerca de la jurisdicción aplicable en caso de controversias contractuales, ya que esta ley (en sus artículos 40 y 42 que modificaron los artículos 132.5 y 134.B.5)²⁸⁵, al distribuir competencias a los tribunales y juzgados, dijo que sería competente esta jurisdicción para conocer:

284 En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 13.778, de 19 de febrero de 1998, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS; Expediente 13.860, de 7 de mayo de 1998, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Expediente 15.073, de 22 de octubre de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE; Expediente 15.620, de 21 de enero de 1999, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

285 "Artículo 40. Ley 446 de 1998, cit.: Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales [...] Artículo 42. Competencia de los jueces administrativos. Adiciónase el Título 14 del Libro 3.º del Código Contencioso Administrativo con un Capítulo III del siguiente tenor: Artículo 134B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los Jueces

De lo referente a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, *cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio...* (resaltado fuera de texto).

Una parte de la doctrina²⁸⁶ ha venido sosteniendo que el cambio que realizó el legislador, con la Ley 446 de 1998, fue más aparente que real, ya que lo que realmente querían los redactores de la ley era dejar vigente, por vía legislativa, el Auto S-701 de 1997. Y que seguía vigente toda la regulación que, por vía jurisprudencial, se venía aplicando, para dejar a la jurisdicción contencioso administrativa únicamente el control de los contratos de servicios públicos (contrato empresa-usuario), aquellos que tengan cláusulas exorbitantes y los que afecten la prestación del servicio público. Así se deja a la jurisdicción ordinaria todos los demás asuntos. Según su entender, cuando la citada norma dice que “la finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio”, debe entenderse en forma restrictiva y no amplia, ya que se podría sostener que de lo contrario todos los contratos se irían a la jurisdicción de lo contencioso, con lo que si la ley lo que buscaba era la descongestión de los despachos judiciales, con esta norma se llenarían de un trabajo aún mayor los despachos de esa jurisdicción especializada.

Ya en 1999, el Consejo de Estado, mediante ponencia de la consejera MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, expidió otro auto por medio del cual determinaba que el juez de conocimiento de los conflictos contractuales que se suscitaran en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, por regla general, era el ordinario. Pero que con la expedición de la Ley 446 de 1998 se consagró otra excepción a la citada regla, esta era la del juzgamiento por la justicia contencioso administrativa de los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos cuando su finalidad esté vinculada en forma directa a la prestación del servicio.

Mas en su providencia agregó lo siguiente:

Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales...”

286 CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Señal Editora, 2000, pp. 117 y ss.

Sin embargo, esa excepción sólo tuvo operancia hasta el día anterior a cuando entró a regir la Ley 489 de 1998, del 29 de diciembre, la cual estableció que se aplicará la Ley 142 de 1994 a todo lo que tenga que ver con contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios²⁸⁷.

Esto significa, en nuestro entender, que la Ley 489 de 1998 derogó todas las normas posteriores a la Ley 142 de 1994, hasta llegar a la citada Ley 489 de 1998, pero creemos que esto no fue así, ya que de serlo no se estarían aplicando por estar derogadas para el campo de los servicios públicos, por ejemplo, las siguientes normas: leyes 143 de 1994²⁸⁸, 226 de 1995²⁸⁹, 286 de 1996²⁹⁰, etc. Por completo errada resulta esa interpretación, por cuanto las normas son derogadas expresa o tácitamente: es obvio que en este caso no se realizó de forma expresa, como de la interpretación de las normas en conflicto se observa con claridad que no se deroga toda esa normatividad anterior, por consiguiente la Ley 446 no fue derogada.

En 2001 aparece una nueva sentencia del Consejo de Estado, en la cual se dice que el Auto S-701 de 1997 debía entenderse de acuerdo a la nueva normatividad vigente (Ley 446 de 1998), en la cual se determina que la jurisdicción competente para solucionar los conflictos que se susciten con relación a los contratos de estas empresas cuya finalidad esté vinculada de manera directa a la prestación del servicio, será la contencioso administrativa, ya que no podían dejarse sin control los contratos propios del "giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos"²⁹¹. Lo que quiere significar que, además de dejar vigente el Auto S-701 de 1997 con relación al control de lo contencioso administrativo de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes, los que se refieren a la relación empresa-usuario y los de concesión de recursos naturales, deben incluirse otros contratos: estos son los que realicen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuya finalidad esté vinculada de manera directa con la prestación del servicio.

287 Consejo de Estado. Auto de 12 de agosto de 1999, cit.

288 Régimen de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

289 Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización.

290 Por la cual se modifican las leyes 142 y 143 de 1994.

291 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 16.661, de 8 de febrero de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Pero además, en el mismo auto se agrega:

en el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial, a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias *en que sea parte o tenga un interés directo la Administración (art. 82 C. C. A.), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden*²⁹² (resaltado fuera de texto).

Al parecer con esta frase queda a la libre determinación del intérprete establecer cuál debe ser la jurisdicción a la que se deben someter los conflictos contractuales, ya que, como dice el Consejo de Estado, se debe acudir a esta jurisdicción cuando sea parte o haya un interés directo de la Administración, pero “en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden”.

Entonces, lo primero que habría que determinar es: ¿cuándo las exigencias del interés público demandarían la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa? y, ¿cuándo no? La verdad, el punto es algo difuso y no fácil de determinar. Si las empresas de servicios públicos prestan un servicio público, todos sus contratos deben ser en una u otra medida importantes: entonces normalmente el interés público lo demandaría. ¿Pero cuándo el interés público no lo demandaría? Cuando se compren bienes para la recreación de los empleados (p. ej., la compra de equipos de gimnasia) nos iríamos a la jurisdicción ordinaria, pero sin la claridad respecto del punto no estaríamos seguros, por cuanto la recreación y la salud son muy importantes para las empresas: en efecto, si los empleados no están bien puede ocurrir una falla en el servicio y esto afectaría a la comunidad, de manera que también en este caso desearíamos acudir a la jurisdicción contenciosa. La última frase del párrafo del pronunciamiento del Consejo de Estado es muy problemática y dejaría siempre en manos del intérprete escoger cuál debe ser en realidad la jurisdicción aplicable para un caso concreto²⁹³.

292 Ídem.

293 La teoría del fin de utilidad pública ha sido rechazada por ser inconveniente por gran parte de la doctrina extranjera: cfr. MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 207.

Con la modificación del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 por medio de la Ley 689 de 2001, también se suscitaron controversias, determina su artículo 3.º :

Artículo 31. Modificado por el artículo 3.º Ley 689 de 2001. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Por cuanto se elimina la expresión que traía el artículo 31 original que decía:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, *y que tengan por objeto la prestación de esos servicios...* (Resaltado fuera de texto).

Por lo que sectores de la doctrina por un lado expresaban que los artículos 132.5 y 134.B.5. estaban derogados²⁹⁴ y por otro lado, los que sostenían que las dos normas se mantenían, esto significaba que cuando existieran cláusulas exorbitantes y que tuvieran por objeto directo la prestación del servicio, continuaban juzgándose en la jurisdicción contenciosa, esta fue la interpretación que prevaleció. Las posteriores sentencias del Consejo de Estado se han dirigido a aplicar de manera continua esta interpretación²⁹⁵.

Ahora pasaremos a analizar otra complicación adicional que nos trajo la Ley 446 de 1998 que modificó el Código Contencioso Administrativo, el cual determina:

Artículo 40. Ley 446 de 1998: Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: [...] 5. De los referentes a contratos de las *entidades estatales* en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras

294 FABIÁN G. MARÍN CORTÉS. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, Bogotá, Temis, 2010, p. 545.

295 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 20.822, de 13 de diciembre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; Expediente 18.383, de 4 de octubre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; Expediente 17.240, de 20 septiembre de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE; Expediente 19.009, de 22 de febrero de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales... (Resaltado fuera de texto).

Esta complicación, que no debería existir, se generó por tratar de determinar cuáles son las entidades estatales según la ley. La Ley 489 de 1998 determinó cuáles eran las entidades estatales y en ella se expresó la naturaleza de algunos de los prestadores de servicios públicos e incluyó también algunas de las empresas de servicios públicos. Se entró en la discusión de qué empresas de servicios públicos eran estatales, ya que esto era lo que definía el juez competente para la solución de controversias. El principal debate se dio con relación a las empresas de servicios públicos mixtas y que más adelante se fue también hacia los privados. Con relación a las empresas de servicios públicos mixtas no había criterio que determinará qué naturaleza tenía y suscitó un gran número de controversias entre todos los sectores, tanto académicos como judiciales.

Esta discusión se zanjó con la decisión de la Corte Constitucional tan nombrada, la Sentencia C-736 de 2007, en la que dijo que las empresas de servicios públicos mixtas era entidades del Estado, como ya lo había hecho el Consejo de Estado en 2006²⁹⁶. Aunque con una característica adicional, determinó que cuando existiera en una empresa de servicios públicos, así fuera privada, cualquier participación del Estado, era una entidad estatal, cosa que ya hemos informado en extenso. De acuerdo a esto, la jurisdicción contenciosa conocería de las controversias suscitadas en las que fuera parte un municipio, una empresa industrial y comercial del Estado, una empresa de servicios pública, mixta o privada que tenga participación estatal.

El Consejo de Estado se apartó de esta posición en 2008 informando que cuando la participación estatal era menor al 50%, eran empresas privadas y que por lo tanto la jurisdicción era la ordinaria. Cosa que no compartimos²⁹⁷. Nos pronunciamos sobre esta sentencia en el Capítulo

296 Consejo de Estado. Expediente 29.703, de 2006, cit.

297 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 34.745, de 3 de diciembre de 2008, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Primero de este libro cuando analizábamos la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos.

Con la expedición de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006²⁹⁸, por medio del cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se determina lo siguiente:

Artículo 1.º El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así: // Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas* incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley..." (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con esta norma, se determina con claridad que cuando estamos en presencia de una entidad pública, se somete a esta jurisdicción, sin tener en consideración ninguna otra cosa, como por ejemplo, la finalidad. Nos sometemos a un criterio eminentemente objetivo. Derogando los artículos 132.5 y 134.b.5 del Código Contencioso Administrativo, como lo informó el Consejo de Estado en un Auto de 8 de febrero de 2008²⁹⁹. Para finalizar tanta controversia jurídica, aparece la Ley 1437 de 2011 ya citada, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 104 determina lo siguiente:

Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas *las entidades públicas*, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: // 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que

298 *Diario Oficial*, n.º 46.494, de 27 de diciembre de 2006, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22628>].

299 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 30.903, de 8 de febrero de 2007, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

sea el régimen aplicable. // 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. // 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. // 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. // 5. Los que se originen en actos políticos o de Gobierno. // 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. // 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. // Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%". (Resaltado fuera de texto).

Como se puede observar, la primera parte del artículo del Código pareciera llevarnos a entender que se iba a continuar con la teoría de que la jurisdicción contenciosa juzgaría las controversias de las empresas de servicios públicos de la misma manera que se venía haciendo de acuerdo con a modificación realizada por la Ley 446 de 1998. Pero trae una definición de qué es entidad estatal, la cual aplica solo para efectos de este Código, y en éste se determina que, para que se someta una controversia de una empresa de servicios públicos a la jurisdicción contenciosa, la entidad pública debe tener una participación igual o superior al 50%. Esto no le cambia la naturaleza a las empresas de servicios públicos con participación estatal, continúan siendo públicas, pero para efectos del Código no lo son. Esto significa que las empresas de servicios públicos que tengan una participación menor al 50%, esto es las empresas de servicios públicos privadas, no se someten a la jurisdicción contenciosa.

D. Modalidades de estos contratos

Se debe cambiar de mentalidad al referirse a los contratos que celebran las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ya

que era común oír hablar dentro de esas entidades de contratos tales como: obra pública, prestación de servicios profesionales, contrato de consultoría, etc., cuando esto ya no es así, por el cambio de régimen jurídico que hubo con la expedición de la Ley 142 de 1994; ya no se puede hablar de este tipo de contratos, que son propios de derecho público, más específicamente del derecho administrativo, contratos que trae la propia Ley 80 por ser específicos y los realiza la Administración para llevar a cabo sus fines, por tanto, no se aplican en el ámbito del derecho privado. De este modo, los contratos que por lo general realizan este tipo de entidades para desarrollar su objeto son:

– El contrato de compraventa de bienes muebles e inmuebles: contrato en el cual una parte se obliga a dar una cosa a cambio de un precio. Regulado en los artículos 1849 y ss. del Código Civil.

– El contrato de suministro: es un contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios. Regulado por los artículos 968 y ss. del Código de Comercio. Está sometido a todas las normas de regulación que expidan las comisiones respectivas, según sentencia del Consejo de Estado³⁰⁰.

– El contrato de arrendamiento bajo diferentes modalidades: es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce de una cosa durante cierto tiempo, y ésta a pagar por dicho goce un precio determinado. Regulado por los artículos 1977 y ss. del Código de Comercio.

– El contrato de confección de obra o empresa: ocurre cuando dos personas se obligan entre sí la una a llevar a cabo una tarea y la otra a pagar por ello una remuneración. No se debe hablar de contrato de prestación de servicios por cuanto es un contrato típicamente público, sino de este tipo de contrato que es el que se desarrolla en el ámbito del derecho privado; tampoco de contrato de obra pública, por cuanto no la celebra una entidad estatal.

– El contrato de mutuo: es un contrato en que una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Regulado por los artículos 2221 y ss. del Código Civil y 1163 y ss. del Código de Comercio.

300 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia Expediente 5.920, de 17 de agosto de 2000, C. P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA.

El contrato de mandato: es un contrato en virtud del cual una parte, llamada mandante, encarga a otra, llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera (arts. 2149 y ss. C. C.).

Las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, sometidos a la Ley 142 y 143 de 1994, tiene una libertad negocial que les permite desarrollar de forma plena todos los tipos de contratos que existen en el ordenamiento jurídico y además, en caso que lo consideren necesario, crear sus propios contratos para el mejor desarrollo de sus actividades.

E. Contratos que deben celebrarse por el procedimiento de licitación

Dentro de la ley de servicios públicos domiciliarios se han determinado unos casos en los cuales se debe recurrir a una práctica muy común en el derecho administrativo, cual es la selección del contratista por medio de un proceso licitatorio. No pretendemos con esto decir que en el ámbito privado no exista, lo hay³⁰¹, pero no es lo común en el derecho privado que para contratar con una persona determinada se realicen toda una serie pasos, sino que, por el contrario, se realiza a través de una contratación directa con la persona que presente una buena oferta, sin la necesidad de ningún procedimiento específico.

Se ha entendido que cuando se habla de licitación se debe siempre remitir a los procedimientos que trae el estatuto contractual, que al parecer es el espíritu del legislador. Creemos que siempre que se habla de licitación en la Ley 142 de 1994 se habla del procedimiento que trae la Ley 80 de 1993, por cuanto en el caso del artículo 35 de la Ley 142 se entiende claramente su referencia a la licitación pública del Estatuto, en el caso del artículo 40 de la Ley 142 se está realizando una concesión de servicio público de las reguladas por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; por tanto, en ambos casos aplicamos el estatuto contractual.

301 Artículo 860 Código de Comercio: "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás".

1. Los casos previstos en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994

El artículo 35 de la Ley 142 de 1994 determina que:

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

Del anterior artículo se puede inferir que: En el caso de que exista una empresa de servicios públicos domiciliarios que tenga posición dominante en el mercado, cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros para seleccionar a los contratistas que van a contratar con ella, debe hacerlo siempre por medio de un procedimiento que facilite la concurrencia de oferentes, en igualdad de condiciones. Esto significa que las empresas de servicios públicos siempre deben contratar el bien o el servicio por medio de un procedimiento de selección, cuando se encuentren el supuesto, no hay intervención de las comisiones.

En primer lugar, se puede observar con claridad una limitación para la aplicación de la presente norma, por cuanto esta referida única y exclusivamente a las *empresas de servicios públicos domiciliarios*, dejando por fuera las demás entidades que pueden prestar servicios públicos, como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios. Como se sostuvo antes, crea una obligación para las empresas de servicios públicos, “que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros”, y la cual es adquirir el bien o el servicio por medio de un procedimiento que garantice la concurrencia de oferentes, en igualdad de condiciones. Esto significa que *siempre* debe hacerlo.

Ahora viene otro supuesto, que es el caso en que sí actúan las comisiones de regulación: la norma sostiene que las comisiones de regula-

ción podrán exigir licitación pública o procedimientos que faciliten la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:

– Cuando las empresas de servicios públicos tengan posición dominante en el mercado y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros. O,

– Cuando así lo determine la comisión de regulación. Mejor dicho, cuando así lo requiera.

No siempre se debe hacer por medio de licitación, sino que las comisiones de regulación, en este supuesto, determinarán en qué casos se hará a través de este modo o por medio de un procedimiento que estimule la concurrencia de oferentes. Cuando actúe la comisión, ya que es facultativo de ella hacerla o no, determinará de qué forma se seleccionara a esos proveedores del bien o el servicio.

Cuando la comisión determina que la selección del contratista se va a realizar a través del mecanismo de licitación pública, ésta se debe realizar de acuerdo a la que estipula el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y no a la que trae el Código de Comercio. El artículo 35 de la Ley 142 de 1994 dispone: “las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública”, a pesar de existir la licitación pública realizada por personas privadas³⁰², ésta no trae un procedimiento específico para selección del contratista, por lo que pensamos que para que se pueda realizar una selección objetiva se debe realizar bajo unos mismos parámetros: lo mejor es entonces que unas normas ya desarrolladas por el legislador nos puedan servir para estos casos concretos.

Que sea licitación pública no implica en ningún momento que las controversias que se susciten tengan que ir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que deben cumplir con los requisitos que trae la Ley 80 de 1993, en caso presentarse alguna controversia, se debe acudir a las reglas que sobre jurisdicción citamos antes³⁰³. Ahora bien, la norma dice que por vía general determinará el procedimiento que se va a adoptar, cuando el caso no es la licitación pública significa que las comisiones deben crear un procedimiento para adquirir ese tipo de bienes o servicios, se le otorga un poder a estas entidades de regulación para crear una norma de carácter general que obliga a todas

302 Artículo 860 Código de Comercio.

303 Ver capítulo primero III.C.

las empresas de servicios públicos a someterse a ellas. Deben crear un procedimiento contractual de obligatorio cumplimiento para la adquisición de ciertos bienes y servicios.

Concluyendo, las empresas de servicios públicos con posición dominante en el mercado deben adquirir los bienes y servicios provistos por terceros por medio de procedimientos que faciliten la concurrencia de oferentes y si la comisión lo determina, ese y otros contratos (que deberá determinar), deberán ser adquiridos por medio de procedimientos que faciliten la concurrencia de oferentes (que deberá crear) o por medio de licitación pública.

2. Las áreas exclusivas de servicios y los casos previstos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994

Por regla general, no existe en materia de servicios públicos una autorización para la prestación del servicio, de acuerdo a lo establecido en los artículos 10.º y 22 de la Ley 142, esto significa que no se requiere de una concesión por parte del Estado a empresa alguna para que pueda prestar los servicios a que se refiere el artículo 1.º de esta ley. La excepción la trae el artículo 40 de la ley, en la cual se determina que se pueden crear áreas de servicio exclusivo por medio de las cuales una o varias entidades territoriales podrán establecer zonas que se darán en concesión a un operador para la prestación de un servicio público, si cumplen con los requisitos que a continuación se detallan.

El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 determina:

Artículo 40. Áreas de servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1.º La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Cuáles son las características de este proceso:

– El competente para la realización de la entrega del área exclusiva recae exclusivamente sobre una o varias entidades territoriales. Él es quien debe realizar el análisis para su entrega. Por cuanto no es obligatorio entregar el área de servicio exclusivo, la entidad territorial podrá hacerlo como lo determina la norma.

– Debe ser por motivos de interés social y con el propósito de aumentar la cobertura de los servicios públicos a los usuarios con menores ingresos. Los motivos son estudiados por las respectivas comisiones de regulación. Aquí las entidades territoriales deben realizar un estudio sobre esas dos circunstancias, lo cual, después de determinado y justificado con claridad, es que debe presentarse a la comisión de regulación quien verificará el cumplimiento, esto significa que esta entidad realizaría una aprobación para que se pueda abrir el proceso de selección del contratista de esta concesión.

– Sólo para los siguientes servicios públicos: acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, la norma es taxativa y por tanto no puede extenderse a los otros servicios públicos domiciliarios.

– La norma determina que se debe realizar mediante invitación pública, explicando en el parágrafo del artículo 40 que es por medio de licitación, aquí tenemos que aplicar en su totalidad el estatuto contractual, porque como se puede observar del desarrollo del presente escrito, nos encontramos frente a una concesión.

– Las comisiones de regulación respectivas definirán, antes de que se abra la licitación, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse las empresas de servicios públicos en el contrato de concesión celebrado.

– Lo más importante, otorga a la empresa seleccionada a ser el único con el derecho a explotar el servicio público domiciliario, sin que ninguna otra pueda hacerlo en ese territorio y por ese tiempo.

Este contrato se realiza a través de la aplicación en pleno de la Ley 80 de 1993, no de la aplicación del derecho privado, por cuanto lo que se está realizando es una concesión de un servicio público por una entidad pública, por tanto, deben someterse al Estatuto Contractual y por consiguiente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el caso del área exclusiva para el gas domiciliario, artículo 174 de la Ley 142, se aplican por remisión las reglas del artículo 40, con la diferencia que es el Ministerio de Minas y Energía el que otorga por concesión ese servicio. Este es el único caso en el que existe concesión del servicio público domiciliario, pues como ya lo hemos dicho existe libertad de empresa y además no se requiere de ningún tipo de autorizaciones para prestar el servicio.

Obviamente esta limitación, tanto para las empresas como los usuarios, tiene una lógica pública, ya que el Estado busca un operador exclusivo para cumplir unos fines sociales que se determinan en la posibilidad de ampliar los servicios públicos para llevarlos a aquellos que no la tienen. Es por eso que incluso pueden pactarse nuevos aporte públicos para extender el servicio.

Por tratarse de una concesión de un servicio público, como lo decíamos antes, que además es hecha por entidades estatales³⁰⁴, incluyendo la de gas domiciliario, que la hace el Ministerio de Minas y Energía³⁰⁵, se deben llevar no solo por el procedimiento licitatorio que trae el artículo 30 de la Ley 80, sino que es una concesión de las reguladas por el artículo 32 de esa misma ley que, por tanto, debe llevarse con la aplicación en pleno del Estatuto Contractual.

3. Los procedimientos que facilitan la concurrencia de oferentes

Son aquellos procedimientos que adoptan las distintas entidades prestadoras de servicios públicos con miras a que se cumplan las directrices que sobre función administrativa trae el artículo 209 de la Carta Magna, con lo cual se busca dar realidad a los principios “de igualdad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

304 La ley habla de “la entidad o entidades territoriales competentes”: artículo 40 Ley 142 de 1994, cit.

305 Artículo 174, *ibíd.*

Entonces, cuando una entidad va a contratar por medio de este tipo de procedimiento, debe hacerlo sin dilaciones injustificadas, buscando que se agilicen las decisiones y que éstas se cumplan en el menor tiempo posible, disminuyendo los gastos tanto de los administrados como los de la Administración; que si se creó un procedimiento para la contratación, se cumplan todos sus pasos para garantizar al oferente todos sus derechos; que todos los procedimientos realizados por la entidad logren la finalidad para la cual se hizo la contratación; que todos los oferentes reciban un trato igual por parte de las entidades que prestan servicios públicos; que las actuaciones que se realizan con motivo del procedimiento de selección que estimula la concurrencia de oferentes sean conocidas por todos, buscando que no existan procedimientos secretos o que se oculten partes de desarrollo y además, que se sigan los parámetros de las normas morales³⁰⁶.

No existe por consiguiente dentro de los servicios públicos domiciliarios una selección de los contratistas “a dedo”, sino que por el contrario, al ser una función preponderantemente administrativa, debe ceñirse a unos parámetros, no es que por no tener la obligación de contratar por medio de licitación o por medio de procedimientos que faciliten la concurrencia de oferentes no se tenga que cumplir con todas las directrices que sobre la función administrativa trae la Constitución.

F. Contratos que deben contener cláusulas excepcionales

Salvo disposición en contrario, todas las actuaciones de las entidades de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, así lo hizo la ley al disponer que en algunos casos determinados, por la propia ley o la Constitución, se aplicaría el derecho público. De acuerdo al artículo 31 de la Ley 142, se autorizó y en algunos casos se obligó, como excepción, a las entidades que presten servicios públicos domiciliarios a incluir en los contratos que vayan a suscribir las cláusulas exorbitantes que trae el estatuto contractual. Y es así que a pesar de estar regulado su régimen contractual por el derecho privado, la propia ley consagra una excepción al traer la posibilidad de incorporar cláu-

306 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Externado, 1998; PEDRO ANTONIO LAMPREA RODRÍGUEZ. *Anulación de los actos administrativos*, Bogotá, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996.

sulas excepcionales propias del derecho público a los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

1. Las cláusulas excepcionales

Con miras a hacer prevalecer el principio constitucional de la primacía del interés general sobre el particular³⁰⁷, la ley trajo consigo unas facultades otorgadas a la Administración para llevar a cabal cumplimiento sus finalidades, pero siempre dentro del marco de la legalidad. Las cláusulas excepcionales son todas aquellas que trae la Ley 80 de 1993 en el numeral 2 del artículo 14, el cual dice:

Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Únicamente son cláusulas excepcionales las enumeradas en el artículo 14 del Estatuto Contractual las cuales son: terminación, interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión. Y por tanto no podrían incluirse otras tales como: terminación del contrato con base en una nulidad absoluta, las garantías y la liquidación obligatoria, que a pesar de ser facultades excepcionales no fueron determinadas como cláusulas excepcionales por parte del legislador. Y así lo entendió el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 20 de agosto de 1998³⁰⁸.

307 Artículo 1.º de la Constitución Política.

308 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, en el cual dice: "Dichas cláusulas, que el Estatuto Contractual denomina 'excepcionales al derecho común', son las de *interpretación, modificación y terminación unilaterales*; la de *sometimiento a las leyes nacionales*; la de *caducidad*, que rige para los contratos de obra y los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado. En esta última clase de contratos –especialmente los

Las cláusulas son las siguientes:

a. Cláusula de terminación unilateral (art. 17 Ley 80 de 1993)

Esta cláusula consiste en que la entidad podrá terminar unilateralmente los contratos estatales mediante acto administrativo motivado³⁰⁹, en los siguientes casos: i. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; ii. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista (si afecta o impide de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales³¹⁰), si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; iii. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. La iniciación del trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato (Ley 222 de 20 de diciembre de 1995³¹¹); y iv. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargo judicial del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

En el caso de los ítems ii y iii, se puede continuar la ejecución del contrato con el garante de la obligación (art. 17 Ley 80 de 1993).

b. Cláusula de modificación unilateral (art. 16 Ley 80 de 1993)

La entidad por su propia voluntad podrá modificar los contratos que haya celebrado, si se cumple con los requisitos que trae el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Lo primero es que la modificación unilateral se realizará mediante acto administrativo motivado, contra el cual pro-

de gran minería- es forzoso incluir además la *cláusula de reversión*, con el fin de que al vencimiento del término respectivo los elementos y bienes directamente afectados a la explotación o concesión pasen a título gratuito a ser propiedad de la entidad contratante (arts. 14.2 y 19 Ley 80 de 1993, cit., cursiva fuera de texto).

309 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 3.351, de 9 de diciembre de 1990, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

310 Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 20 de octubre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-454-94.htm>].

311 *Diario Oficial*, n.º 42.156, de 20 de diciembre de 1995, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html].

cede únicamente el recurso de reposición. Esta facultad excepcional se utiliza en los eventos en que el contratista se muestre renuente a suscribir el contrato y que con esta actitud del contratista se pueda paralizar o afectar de manera grave el servicio que se pretende satisfacer con él. Ya que si el contratista suscribe un *contrato adicional* no podrá hacérsele obligatoria la aplicación de esta cláusula³¹². En este punto hablamos de contrato adicional, no de adición del contrato que esta regulado por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. El contratista podrá, si las modificaciones alteran en un 20% o más el valor inicial del contrato, renunciar a la continuación de la ejecución, en estos casos se liquida el contrato (art. 16 Ley 80 de 1993).

c. Cláusula de interpretación unilateral (art. 15 Ley 80 de 1993)

En Colombia, contrario a lo que sucede en Alemania³¹³, se aplica un criterio de interpretación subjetiva de los contratos, según el cual “el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las *intenciones* de quienes lo concluyeron”³¹⁴. La regla anterior tiene plena aplicación para los contratos celebrados entre particulares, pero para la realización de contratos estatales aquella regla tiene un complemento que trae el artículo 28 de la Ley 80, según el cual

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Por tanto, no sólo se tiene en cuenta el criterio subjetivo en la interpretación de los contratos (cuál es la intención de los partes), sino que además se deben mirar los fines que se están buscando cumplir con

312 Hablamos de contrato adicional, porque con base en este artículo, la administración podrá modificar o ampliar los objetos de los contratos.

313 En Alemania se aplica un criterio de interpretación objetiva de los contratos, en virtud del cual el intérprete debe buscar la voluntad real, sin detenerse a observar las intenciones internas (psicológicas) de los contratantes: cfr. artículos 133 y 157 *Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB– (Código Civil alemán), disponible en [<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>].

314 LÓPEZ SANTAMARÍA. *Los contratos. Parte general*, cit., p. 309.

la realización de dicho contrato. Para poder precisar el alcance de una norma de forma unilateral por parte de la entidad deben concurrir los siguientes requisitos: i. Que existan discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de las cláusulas del contrato; ii. Que por esa discrepancia se pueda llegar a la paralización o afectación grave del servicio público que se pretenda satisfacer; iii. Que al momento de surgir la diferente interpretación la entidad llame al contratista para que, entre los dos, traten de llegar a un acuerdo que permita continuar con la ejecución del contrato y así no se llegue a la paralización o afectación grave del servicio; y iv. Que la interpretación se realice a través de un acto administrativo debidamente motivado.

Cumplidos los anteriores requisitos, la entidad estatal podrá interpretar unilateralmente el contrato y en caso que el contratista no esté de acuerdo, tendrá el recurso de reposición contra esa decisión³¹⁵, o si así lo quiere, podrá acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa en acción contractual, por cuanto al no ser la reposición obligatoria para agotar la vía gubernativa y la apelación está negada por ley, se puede acudir directamente a la vía judicial³¹⁶.

d. Cláusula de caducidad

Esta cláusula se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se aplica si existe un incumplimiento por parte del contratista, con una característica, la cual es que ese incumplimiento pueda afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, sin importar –como en las anteriores cláusulas– si existe amenaza de paralización o afectación grave del servicio público, ya que según la ley, esta no es una condición para que se imponga la caducidad³¹⁷.

Los requisitos para que se pueda decretar la caducidad son i. Debe ser declarada por medio de acto administrativo debidamente motiva-

315 Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, cit.

316 Artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

317 En el caso de la cláusula de interpretación y modificación unilateral del contrato, es una exigencia que traen los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993; únicamente se puede hacer uso de aquellas cláusulas si se busca evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer.

do; ii. El límite temporal para que sea aplicable esta cláusula ha tenido dos interpretaciones en el Consejo de Estado, la primera de ellas es hasta el vencimiento del contrato³¹⁸ y la segunda de ellas, la que se está aplicando ahora, es que se puede realizar hasta la etapa de liquidación del mismo³¹⁹⁻³²⁰; y iii. Se debe haber conminado al contratista a cumplir mediante la imposición de multas³²¹.

Las consecuencias de declarar la caducidad son las siguientes: se termina el contrato, se liquida el mismo y se da lugar a la constitución del siniestro para el cobro de la garantía; no da lugar a indemnizar al contratista y lo hace acreedor de las sanciones correspondientes, en las que se incluye una inhabilidad para celebrar contratos con la Administración por el término de cinco años³²²; la entidad puede tomar posesión de la obra o continuar de inmediato la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien también se le podrá imponer la caducidad. En caso que la entidad no quiera decretar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado.

e. Reversión (art. 19 Ley 80 de 1993)

Cuando se realicen contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se debe pactar la cláusula de reversión, en caso de no pactarse se entiende pactada³²³. Esta cláusula excepcional consiste en que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

318 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 10.703, de 18 de julio de 1997, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

319 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 10.264, de 13 de septiembre de 1999, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

320 Compartimos la primera interpretación del Consejo de Estado, ya que cuando se está actuando con base en facultades excepcionales, se busca el cumplimiento del contrato o que la ejecución la realice un tercero, además de sancionar a los contratistas incumplidos, por tanto, el límite de la Administración para imponer esta facultad va a ser el mismo plazo contractual.

321 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 7.223, de 3 de marzo de 1994, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

322 Literal c del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, cit.

323 Numeral 2 del artículo 14, ibíd.

Al contrario de las anteriores cláusulas excepcionales, esta no se da por la ocurrencia de circunstancias externas al contrato –como en el caso de la terminación unilateral–, o internas –como en el caso de la caducidad que ocurre por incumplimiento del contratista–, sino que se cumple con la simple ocurrencia de un plazo determinado, que es el plazo de duración del contrato. Y se justifica esta cláusula no como una sanción, sino en el hecho que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, por tanto, cuando se cumple el plazo los bienes se encuentran totalmente pagados³²⁴.

2. El caso de la cláusula penal y las multas

Este tipo de cláusulas estuvieron durante mucho tiempo en un limbo en el que la jurisprudencia no determinaba si eran facultades excepcionales o no. Ahora, la Ley 1150 de 2007 expresó con claridad la facultad que tienen las entidades estatales de cobrar de forma directa, esto es, sin acudir al juez del contrato la cláusula penal y las multas. Se determinó por ley sin dejar lugar a duda la facultad excepcional que tienen las entidades estatales de cobrarlas.

a. La cláusula penal

La cláusula penal es un acuerdo accesorio realizado por las partes, que tiene por función la de determinar de manera preventiva la prestación a la que está obligada la contraparte deudora en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento³²⁵. Es un acuerdo accesorio, por tanto, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula de pena, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal³²⁶. En caso de no realizarse este acuerdo de cláusula penal, si existe un incumplimiento o un retardo, se deberá buscar el resarcimiento del daño conforme a las reglas generales de la responsabilidad como lo son: la

324 Corte Constitucional. Sentencia C-250 del 6 de junio de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-250-96.htm>].

325 BIGLIAZZI GERI *et ál. Derecho civil*, cit., p. 773.

326 Artículo 1593 del Código Civil.

existencia del daño, el monto del daño, etc. La importancia práctica que adquiere la cláusula penal es que la pena se debe con independencia de la prueba del daño³²⁷.

La cláusula penal puede ser punitiva (a manera de sanción por el incumplimiento), o puede darse como estimación anticipada de perjuicios y daños. Y en ambos casos puede ser moratoria (por el simple retardo) o compensatoria (por la inexecución definitiva de la obligación)³²⁸. Nuestro ordenamiento civil trae una *presunción* con relación a la cláusula penal, esta es que si no se pacta en forma expresa como acción punitiva, esto es, como sanción al deudor incumplido, se entiende que esta cláusula fue estipulada como una estimación anticipada de perjuicios³²⁹.

Si el deudor no está en mora, sólo puede exigir el acreedor la obligación principal, pero si el deudor está en mora puede el acreedor exigir a su deudor o la obligación principal o la pena, no las dos (por la presunción de la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios), salvo que se haya pactado lo contrario, esto es, el pago de la pena no extingue la obligación principal, teniendo la posibilidad el deudor de solicitar de manera acumulada la suma de la obligación principal y la pena³³⁰. Aquí se observa la imperiosa necesidad de haber pactado en forma expresa la cláusula penal punitiva.

La cláusula penal punitiva debe pactarse en forma clara³³¹, ya que de no hacerse se presume que está pactada como estimación anticipada de perjuicios, por lo que no podrá pedir el acreedor el valor de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios en forma acumulada, sino una o la otra, a su arbitrio³³². Si la cláusula penal de perjuicios se pacta *como estimación anticipada de perjuicios* (moratoria o compensatoria), solo se puede solicitar la obligación principal o la pena³³³, o en su defecto la indemnización de perjuicios o la pena³³⁴, no ambas, porque se violaría el

327 Artículo 1599, ibíd.

328 Artículos 1594 y 1600, ibíd.

329 OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., p. 151.

330 Artículo 1594 del Código Civil.

331 La cláusula penal punitiva se da cuando estipulan las partes que se pagará una pena por el simple retardo, o cuando se estipula que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal o la posibilidad de demandar los perjuicios.

332 Artículo 1600 del Código Civil.

333 Artículo 1594, ibíd.

334 Artículo 1600, ibíd.

non bis in idem. Pero si la cláusula penal es punitiva se puede demandar la obligación principal y la pena, o la indemnización de perjuicios y la pena, en forma acumulada, ya que esta cláusula no tiene relación con los perjuicios causados: es una sanción, por lo tanto, no se excluyen.

La reducción del monto de la cláusula penal puede darse por dos circunstancias: La primera de ellas ocurre cuando existe un cumplimiento parcial por parte del deudor y el acreedor lo consiente, así, tendrá aquél derecho a que se le rebaje en forma proporcional el valor de la pena³³⁵. El segundo caso aparece cuando la pena es excesiva con relación a la obligación principal (que la pena sea el duplo de la primera), para esto el legislador previó la posibilidad que el juez ejercite un poder discrecional de índole equitativo dirigido a reducir la pena, cuando “atendidas las circunstancias aparece enorme”³³⁶. En el anterior Estatuto Contractual la cláusula penal estaba plenamente regulada y además, estaba determinada como una cláusula exorbitante (arts. 60 a 72 Dcto. 222 de 1983 cit.).

b. Las multas

La multa es una cláusula penal punitiva de carácter moratorio, es una sanción que se le impone al contratista por el simple hecho de su retardo, quedándole a la contraparte la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios por el retardo o por el incumplimiento definitivo. Las multas dentro del derecho administrativo debieron haber dejado de ser una cláusula exorbitante, ya que la única forma de crear una cláusula de este tipo sería que la ley lo determinara así. No puede la Administración crear las cláusulas exorbitantes, ya que al estar estas normas por fuera del derecho común solo el legislador podría hacerlas obligatorias.

Esta posición fue defendida por el consejero DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ en los siguientes términos:

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en dicha

335 Artículo 1596, *ibíd.*

336 Artículo 1601, *ibíd.*

actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al juez del contrato, de acuerdo a lo alegado y aprobado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias del incumplimiento total o parcial, y aun en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso³³⁷.

Pero esta posición no es la única que tiene el Consejo de Estado, sino que por su parte el consejero RICARDO HOYOS DUQUE se apartó de esta sentencia y dijo que sí se podía imponer la multa por acto administrativo motivado, convirtiéndose ésta en una facultad excepcional de la administración:

Es cierto que al tenor del artículo 1602 del Código Civil el contrato es una ley para las partes, y lo es en consecuencia la cláusula contractual en la cual las partes pactaron las multas ante un eventual incumplimiento del contratista. También lo es que la cláusula de multas no aparece enlistada dentro de las cláusulas excepcionales de la Ley 80 de 1993; sin embargo, la prerrogativa de imponerlas unilateralmente está prevista en otras disposiciones de carácter legal y aplicación general, a las cuales remite el Estatuto de Contratación Administración³³⁸.

Tomamos la tesis de SUÁREZ HERNÁNDEZ, por cuanto la multa no puede ser una cláusula exorbitante porque la ley no lo contempla, y como las autoridades sólo pueden hacer lo que les está permitido, se estaría violando el supra-principio de Estado de derecho que trae nuestra Constitución Política. ¿Con base en qué norma actuaría la Administración Pública, si la facultad no está dada por el legislador?

No se pueden imponer multas mediante acto administrativo motivado, ya que esa facultad excepcional que traía el Decreto 222 de 1983 quedó derogada tácitamente de nuestro ordenamiento al no ser regulada por el nuevo estatuto, por tanto, la única forma en que pueden ser aplicadas las multas es con base en el artículo 13 de la Ley 80 de

337 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 9.288, de 21 de octubre de 1994, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

338 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 14.558, de 6 de agosto de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

1993, esto es, mediante las normas civiles y comerciales, a través de la remisión que realiza la propia ley. Las partes pueden pactar multas, pero como aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, las partes de mutuo acuerdo convienen incorporar este tipo de cláusulas, pero no que las entidades las cobren sin haberse hecho el acuerdo con su contraparte, ya que en ese momento, en la expedición de la Ley 80 de 1993, no se contaba con esta facultad.

c. Expedición de la Ley 1150 de 2007

Con la Ley 1150 de 2007 ya citada, que modificó el Estatuto Contractual, trajo un gran cambio para la aplicación de las facultades excepcionales por parte de la administración y esto fue que determinó que la cláusula penal y las multas que hayan sido pactadas por las partes podrán ser impuestas de manera directa por la Administración sin necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso a hacerlo.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 determina:

Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. // En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. // Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. // Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

De las normas escritas observamos de manera clara que dentro de un articulado referente al debido proceso incluyeron una facultad excep-

cional de la administración, poder cobrar de forma directa tanto las multas como la cláusula penal. Es una facultad excepcional, pues no se encuentra dentro de las relaciones entre los particulares este tipo de actuaciones. Esto le permite a la administración tener un mayor control del cumplimiento de los contratos cuando se hace de forma eficiente. Se tiene que realizar por medio de una audiencia que garantice el debido proceso, por lo que siempre se podrán pedir pruebas, aclaraciones e interponer los recursos que determina el estatuto contractual, esto es la reposición. El procedimiento ya fue determinado por el estatuto anticorrupción³³⁹, buscando también proteger el debido proceso. Colombia es un país de procedimientos y con esto se confirma aún más la necesidad de la administración de controlar todas las etapas de un proceso con la creencia de que esto facilita la aplicación de las normas³⁴⁰.

339 Ley 1474 de 12 de julio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

340 Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cit.: “Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, *cuantificando los perjuicios del mismo*, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: // a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; // b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; // c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; // d) En

Como podemos observar, volvió a ser una facultad excepcional su imposición, no su inclusión que debe ser pactada por las partes, pero una vez incluida, la Administración puede entrar a cobrarla por los mecanismos que la misma ley trae, esto es, por medio de “los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”. Como lo hemos sostenido, esta no es una cláusula excepcional, es una facultad excepcional de la administración que por lo tanto, no podrían las empresas de servicios públicos utilizarla.

3. Las cláusulas excepcionales en los servicios públicos domiciliarios

La Ley 142 de 1994 permite incluir dentro de los contratos que realicen las entidades prestadoras de servicios públicos, cláusulas excepcionales al derecho común para proteger el servicio público que se está prestando. Esta inclusión se puede dar por dos motivos: el primero de ellos es por la obligación de incorporarlas cuando así lo digan las comisiones de regulación y el segundo cuando las solicite la entidad prestadora de servicios públicos a la comisión y ésta las autorice. Las cláusulas excepcionales que se pueden pactar en el régimen de los servicios públicos domiciliarios son: terminación, interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión. No se pueden incluir las facultades excepcionales tales como terminación del contrato con base en una nulidad, liquidación obligatoria, multas o cláusula penal etc., de acuerdo a la interpretación que sobre las cláusulas excepcionales tenemos³⁴¹. Y así lo ha entendido la comisión en las Resolución 151 de 23 de enero de 2001³⁴².

cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. // La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

341 Cfr. *supra* cap. segundo, III.F.

342 Artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001, cit.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1994 determina que si no se incluyen las cláusulas exorbitantes, éstas se consideran incluidas³⁴³. ¿Qué ocurre en los casos en los que la empresa no incluya las cláusulas excepcionales en el contrato, en cualquiera de las dos circunstancias: teniendo que hacerlo o si lo había solicitado y la comisión de regulación se lo aprobó? La respuesta es que no se entienden incluidas, por cuanto –en primer lugar– violaría la buena fe del contratista, contraparte en el contrato, ya que no tendría mecanismo alguno para conocer esta circunstancia, siendo además una circunstancia que desequilibra las cargas contractuales (sería una cláusula virtual por completo abusiva) y la segunda –y tiene que ver con el principio de legalidad– es que ese tipo de facultades deben venir de la ley, no de resoluciones de las comisiones de regulación. El resultado de no incluir la cláusula puede tener efectos sancionatorios contra la empresa que no los utilice teniendo que hacerlo y eso tendrá que realizarlo la Superintendencia de servicios públicos.

4. Casos en los cuales deben pactarse las cláusulas excepcionales por vía de disposición general

Las comisiones de regulación pueden hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos en que ellas consideren conveniente, buscando la protección de la continuidad del servicio y la protección a los usuarios. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico³⁴⁴ ha expedido una regulación para determinar en qué casos se deben pactar cláusulas exorbitantes, no así la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que no ha hecho referencia a esto en ninguna de sus resoluciones. El artículo 1.3.3.1. de la Resolución 151

343 Artículo 14 Ley 80 de 1993, cit.: “Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // *En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente*”. (Resaltado fuera de texto).

344 Artículo 1.2.2.3 de la Resolución 151 de 2000, cit.

de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable –CRA– ya citada, dice que se deben pactar las cláusulas excepcionales, que trae el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes contratos: a. En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994; b. En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley. Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993, por contratos de consultoría, los definidos en el inciso 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por contratos de suministro y compraventa, los que tipifica el Código de Comercio; y c. En los contratos que, por solicitud de la persona prestadora, hayan sido autorizados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

Además de estos contratos, las cláusulas exorbitantes deben incluirse cuando las entidades territoriales creen áreas de servicio exclusivo, así no lo disponga la comisión respectiva, pues –como lo decíamos antes–, este es un contrato regulado plenamente por el Estatuto Contractual (contrato de concesión de servicio público), por consiguiente deben incluirse este tipo de disposiciones.

5. Casos en los cuales las cláusulas excepcionales pueden pactarse por solicitud de las entidades prestadoras de los servicios

Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deberán solicitar a las comisiones autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes en contratos distintos a aquellos en los que las entidades de regulación consideren que deben incluirse en forma obligatoria. Entonces, las empresas de servicios públicos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua permiso para poder incorporar cláusulas exorbitantes en contratos diferentes a los de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa y mantenimiento “siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer

como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio”.

El inciso 2.º del artículo 3.º la Ley 689 de 2001 trajo una reforma al artículo 31 de la Ley 142 de 1994 en la que dijo que si las entidades solicitaban permiso para la inclusión de cláusulas excepcionales y la comisión de regulación respectiva no respondía en el término de 15 días, operaba el silencio administrativo positivo. Esto significa que si solicitan la inclusión de cláusulas excepcionales y no les es resuelta la petición en el término previsto por la ley, se entiende que ella ha sido aceptada y por consiguiente, podrán incorporar dichas cláusulas en el respectivo contrato.

6. Los efectos de pactar cláusulas excepcionales

El efecto que trae la ley por la incorporación de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las entidades que presten servicios públicos domiciliarios es que, bien sean obligatorias o solicitadas, todo lo relativo a esas cláusulas se regirá, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

La norma, en su sentido textual, determina que tan solo serán las cláusulas obligatorias, por orden de las comisiones, las que estarán sometidas al Estatuto Contractual, pero la jurisprudencia determinó que aunque fueran autorizadas las cláusulas, sin que fueran impuestas, el derecho público era el predominante y por consiguiente, estarían sometidas por completo al Estatuto Contractual³⁴⁵.

7. El juez del contrato cuando se pactan las cláusulas

No presentó problema determinar cuál era la jurisdicción aplicable en los contratos cuando se incluyeran cláusulas excepcionales, ya que la misma ley determinó ante quién ventilar los conflictos que se suscitaban en los contratos que tuvieran ese tipo de cláusulas. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (mod. art. 3.º Ley 689 de 2001) fue con suficiencia claro al determinar la competencia en caso de incluirse estas cláusulas,

345 Consejo de Estado. Sentencia S-701, cit.

que tanto la jurisprudencia³⁴⁶ como la doctrina³⁴⁷ unificaron su criterio para determinar que cuando las entidades incorporen estas cláusulas, todo lo relativo a ellas se regirá, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, los actos y contratos en que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto significa que no importa la naturaleza jurídica de la empresa –puede ser oficial, mixta o privada–, si se incluyen las cláusulas exorbitantes la jurisdicción será la contenciosa administrativa.

8. El fuero especial de atracción y los criterios de interpretación

La Ley 142 originaria estipulaba que los actos en los que se ejercitaran las facultades exorbitantes estarán sujetos al control de lo contencioso administrativo³⁴⁸. Con esto da a entender así que sólo respecto de los actos en que se ejercitara esa facultad se podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso, en ningún otro caso, por tanto, el juez natural de las entidades que prestaban servicios públicos en esa época era el ordinario, salvo que la entidad utilizara esas facultades, ya que de ser así, el juez competente era el contencioso administrativo.

Para esclarecer este punto y revolver el problema de la dualidad de jurisdicciones, el Consejo de Estado ha determinado a través de distintas jurisprudencias, que cuando se pactan cláusulas exorbitantes en los contratos con las entidades de servicios públicos debe acudirse siempre a la jurisdicción contenciosa, además, en aras de conservar lo que el llama la unidad procesal, el juez administrativo debe conocer de todas las controversias que se susciten con relación al contrato que se haya celebrado con la entidad prestadora de servicios públicos, lo que determina que en el fondo se trata de un contrato estatal³⁴⁹. Por consiguiente, siempre que se incorporen cláusulas exorbitantes no solo se deberá ir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que

346 Ídem; Consejo de Estado. Auto del 12 de agosto de 1999, cit.

347 ATEHORTÚA RÍOS. *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, cit.; MOLINA TORRES. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, cit.

348 Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, cit.

349 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 12.603, de 26 de marzo de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE; y Expediente 14.000, de 6 de agosto de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE; Sentencia S-701, cit.

además todos los problemas que se den con relación al vínculo contractual, cualquiera que sea su naturaleza, los resolverá esta jurisdicción.

Con la reforma a la Ley 142 se dijo que “los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”³⁵⁰; por tanto, solo con incorporar esas cláusulas el juez competente va a ser el contencioso. Con relación a la interpretación de estos contratos cuando tienen cláusulas exorbitantes, no va a ser la que trae el derecho común, sino que en razón de ese fuero de atracción que creó la jurisdicción contencioso administrativa se interpretarán de acuerdo al derecho público y se cumplirá con los principios propios de la contratación estatal, o sea de transparencia, economía y responsabilidad, etc.

350 Artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, cit.

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO -DESDE LA VINCULACIÓN DE TERCEROS Y CREACIÓN DE EMPRESAS, HASTA EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS-

Como lo habíamos informado al inicio del capítulo segundo, determinamos las diferentes modalidades negociales que pueden existir en el campo de los servicios públicos, e iniciamos con el que consideramos el que más complejidades puede tener, como es el de los contratos que celebran las entidades prestadoras de los servicios para la producción, transporte y distribución del bien objeto del servicio.

Ahora bien, para el desarrollo del presente capítulo, vamos a continuar con aquellos contratos que nos trae el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y que son diferentes a los enunciados en el párrafo anterior.

Los temas que vamos a abarcar serán los siguientes: a. Los contratos que celebran las entidades públicas, mixtas y privadas cuyo objeto es constituir una entidad prestadora de servicios públicos; b. Los contratos que celebran las entidades territoriales y otras entidades oficiales a través de los cuales se pretende la vinculación de terceros en la prestación de los servicios; y c. Los contratos de servicios públicos, que son el instrumento jurídico que regula las relaciones entre el proveedor de los servicios y los usuarios de los mismos.

I. CONTRATOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Uno de los contratos de común ocurrencia en el sector de los servicios es el relativo al de sociedad que debe celebrar quien tenga interés de constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios, el cual se

rige fundamentalmente por lo previsto en los artículos 110 del Código de Comercio y 19 de la Ley 142 de 1994, para lo cual se deberán tener en cuenta las reglas que a continuación desarrollamos.

A. El tipo de sociedad que debe constituirse

La sociedad que debe crearse para formar una empresa de servicios públicos debe ser una sociedad por acciones, pero no cualquier tipo de sociedad: debe ser una en la cual todo el capital debe estar representado en acciones, admitiendo solo la naturaleza de anónima³⁵¹. No creemos que sea posible que la sociedad que se cree pueda constituirse en otra forma societaria, como lo sostienen algunos autores³⁵², por cuanto si se conformara como sociedad en comandita por acciones, única forma en la que se creía que también se podía constituir este tipo de empresa, existirían varias características propias de los socios gestores (o colectivos) que son por completo incompatibles con la administración de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como por ejemplo: 1. La necesidad de consentimiento de los socios colectivos para toda reforma estatutaria³⁵³. En las empresas de servicios públicos las reformas estatutarias se harán con todos los socios, de acuerdo con sus aportes³⁵⁴; 2. En las empresas de servicios públicos la administración atañe a todos los socios, en forma proporcional, a través de su junta directiva³⁵⁵. Mientras en la comanditaria es un derecho exclusivo de los socios gestores³⁵⁶; y 3. La administración de las sociedades en comandita estará siempre a cargo de los socios colectivos, sin importar sus calidades³⁵⁷. En las empresas de servicios públicos debe existir una administración profesional³⁵⁸.

351 Puede ser anónima o anónima simplificada.

352 "... [D]esde la disyuntiva accionaria o no accionaria tales empresas pueden constituirse como sociedades por acciones o como empresas industriales y comerciales del Estado. Además dichas sociedades pueden configurarse bajo la modalidad de anónimas o de *comanditas por acciones*". MOLINA TORRES. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, cit., p. 25, cursiva fuera de texto.

353 Artículo 349 del Código de Comercio.

354 Artículo 421 del Código de Comercio, modificado por el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

355 Artículo 19.16 de la Ley 142 de 1994, cit.

356 Artículo 326 del Código de Comercio.

357 Ídem.

358 Artículo 27.3 Ley 142 de 1994, cit.

B. El régimen jurídico general aplicable a las empresas de servicios públicos

El legislador, por medio de la Ley 142 de 1994, quiso crear una nueva empresa sometida a un régimen especial para la prestación de un servicio que por tradición había sido prestado a manera de monopolio por el Estado en razón de la teoría francesa de los servicios públicos³⁵⁹. Esta nueva empresa se va a regir por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios en su totalidad, en especial, por los artículos 17 y siguientes de la misma. Hay que dejar claro que en los aspectos no regulados por la ley, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios, éstas se regirán por las reglas que sobre sociedades anónimas trae el Código de Comercio³⁶⁰.

C. Las autorizaciones de las entidades públicas

Todas las entidades del Estado a cualquier nivel (Nación, entidades territoriales y descentralizadas) pueden participar como socios en las empresas de servicios públicos domiciliarios³⁶¹. Dentro de las normas a que se someten al participar como accionistas en estas empresas están que no podrán recibir ni otorgar privilegios de las empresas distintos a los que da la ley³⁶²; que debe existir una administración profesional, ajena a intereses partidistas; que se deben fijar criterios de dirección y eficiencia a los que deben someterse los representantes de esa empresa; que pueden celebrar contratos de fiducia o de administración profesional de acciones para que exista una eficaz y eficiente prestación del servicio³⁶³; que sobre los aportes oficiales que realicen las entidades estatales existirá un control por la Contraloría General de la República y por las contralorías territoriales, dependiendo de quién haya realizado el aporte³⁶⁴.

359 *Supra* cap. primero, I.

360 Artículo 19.15 de la Ley 142 de 1994, cit.

361 Artículo 27, *ibíd.*

362 Artículo 27.1, *ibíd.*

363 Artículo 27.3, *ibíd.*

364 Artículo 27.4, *ibíd.*

D. La aplicación del artículo 18 de la Ley 142 de 1994

Con el artículo 18 de la ley se fijaron los límites en que se circunscribiría la acción de las empresas de servicios públicos, esto significa que este tipo de empresa deberá dedicarse solo a las actividades a las que se refiere el artículo 1.º de la Ley 142 de 1994. Los servicios públicos domiciliarios, para esta ley, serán aquellos definidos por ella (acueducto, alcantarillado, saneamiento básico, gas combustible y energía eléctrica)³⁶⁵. Está claro que la ley se aplica tanto a las empresas de servicios públicos como a aquellas que se dedican a actividades complementarias³⁶⁶.

Ahora bien, queda al libre albedrío de los socios de las empresas decidir en los estatutos por la forma más rígida de especialización, dedicándose a un solo servicio público domiciliario o a una sola actividad, optar por un solo servicio y las actividades complementarias del mismo o bien por un servicio y las actividades complementarias de otro, etc. Las empresas de objeto múltiple parecen más conjuntos de empresas con administración común, pues uno pensaría que hay unidad de empresa y multiplicidad de objeto cuando las diversas actividades convergen en una empresa común y con un presupuesto unificado (se gana o se pierde en conjunto), pero en el régimen de los servicios públicos no ocurre así, es imperativo llevar tantas contabilidades como servicios y actividades complementarias se atiendan³⁶⁷.

Como parte de la libertad dentro del círculo, las empresas pueden entrar en consorcio, asociarse con otras empresas del mismo sector económico, con particulares y extranjeros para formar otra empresa del sector, con unos u otros para hacer una empresa de aquellas cuyo objeto social sea la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto. Implica la autorización para abandonar el mundo de los servicios públicos, pero solo si no existe “una amplia oferta de ese bien o servicio del mercado”³⁶⁸. Por ejemplo, una empresa prestadora del servicio público de energía no puede participar en una empresa dedicada

365 *Supra* cap. primero, VII.A.

366 Artículo 1.º de la Ley 142 de 1993, cit.

367 Inciso 2.º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

368 Inciso 3.º del artículo 18, *ibíd.*

a la fabricación de transformadores si ya hay varias empresas que se dedican a eso.

El párrafo del artículo 18 supone una reforma al artículo 99 del Código de Comercio³⁶⁹, pues en éste se dice que la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, caso en el que se autoriza a toda sociedad, cualquiera que sea su objeto social, para hacer inversiones en empresas de servicios públicos.

E. El número de socios

Si realizamos un análisis del articulado que trae la Ley 142 de 1994 y concatenamos los artículos 17 y 19, se concluye la necesidad de que existan por lo menos cinco accionistas, por cuanto la ley no dice nada al respecto y el artículo 19.15 señala que lo no previsto en forma expresa por ella se sujetará a las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas³⁷⁰. Esto restringe las posibilidades de las entidades territoriales para generar una empresa siendo el único propietario, si su capital está representado por acciones para su constitución, de modo que al momento de constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios en cualquier momento pueda recibir como socios bien sea usuarios o bien a terceros. En conclusión, se necesitan cinco accionistas para constituir una empresa de servicios públicos.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³⁷¹ determinó que las empresas de servicios públicos que se constituyan como sociedades anónimas simplificadas, podrán conformarse por un solo socio cuando a bien lo tengan. El fundamento es que las situaciones actuales presentan situaciones donde hay más control y para no desnaturalizar la figura, además de crear obstáculos, se permite hacer de esta

369 Artículo 99 Código Civil: "*Capacidad de la sociedad*. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

370 Artículo 374 Código de Comercio: "*Mínimo de accionistas*. La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas".

371 Oficina Asesora Jurídica. Concepto Unificado n.º 35 de 2017, disponible en [<https://cdn.actualicese.com/normatividad/2017/Conceptos/CU35-17.pdf>].

forma. No compartimos el concepto, que a pesar que facilita la conformación de empresas, va en contra de la Ley 142 de 1994, que buscó limitar la forma de creación de empresas.

F. El nombre de la sociedad

A más de la razón social que se adopte y de las letras que es preciso agregar al final para indicar el tipo de sociedad, a todas las empresas se les deberá añadir después del nombre las palabras “empresa de servicios públicos” o las letras “ESP”³⁷².

G. El domicilio de la sociedad

Todas las empresas de servicios públicos deben ser nacionales, ya que en las normas nada se habla de las sociedades extranjeras, pero eso sí, se admite cualquier tipo de aporte, sea nacional o extranjero.

H. Los aportes en la sociedad y el régimen de las acciones

Los aportes de la sociedad los puede hacer cualquier tipo de persona, tanto natural como jurídica, sin importar tampoco si el capital pertenece a inversionistas nacionales o extranjeros, se maneja prácticamente de la misma forma que una sociedad anónima en la cual no importa la persona del inversionista, sino que en este caso lo que interesa es que haga este aporte para obtener alguna productividad³⁷³. La ley quiere establecer una nítida distinción entre acciones dirigidas a los usuarios y las que se ofrecerán al público³⁷⁴. Las primeras son aquellas que se emiten para la realización de inversiones de infraestructura, que adquirirán quienes se beneficiarán con las inversiones. Prácticamente es la financiación de la extensión de la cobertura, el ejemplo de este tipo de acción es el de aquel usuario que está distante de la red y acepta pagar el valor del ensanchamiento de la misma, pago que la entidad le devolverá en acciones.

372 Artículo 19.1 de la Ley 142 de 1993, cit.

373 Artículo 19.3, ibíd.

374 Artículos 19.4 y 19.10, ibíd.

En este caso, no hay que seguir el procedimiento del Código de Comercio sobre la oferta de este tipo de acciones, por tanto, no se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores ni permiso de la autoridad de valores ni oferta pública, etc. El aumento de capital que supone la emisión puede disponerse por la junta directiva. En cambio, las acciones destinadas al público están sujetas al régimen general de valores, lo cual supone inscripción, oferta y toda la regulación del Código de Comercio. Con esto lo que busca el legislador es que a través de esta emisión de acciones se permita una política de ampliación de la cobertura de los servicios.

I. La valoración de los aportes

La Ley 142 trae una norma especial para la valoración de los aportes, derogando las normas mercantiles para hacerlas más informales en el ámbito de los servicios públicos. En éste se requiere de aprobación de la Superintendencia de Sociedades del aporte en especie, por lo que basta que las dos terceras partes de los socios estén de acuerdo en la asamblea preliminar de accionistas fundadores³⁷⁵. Cuando sea una empresa de carácter mixto y el aporte consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago se regirá por el derecho privado (Código de Comercio)³⁷⁶.

J. Las autoridades societarias

Dentro del ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la única autoridad que puede vigilar a las empresas de servicios públicos domiciliarios es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto, como quedó establecido en la Constitución³⁷⁷, es la entidad que por delegación presidencial realiza tal función. Pero están sometidas a otros tipos de autoridades: en cuanto a la fijación de políticas, no la realizan las empresas de servicios públicos de acuerdo a sus propias necesidades, sino que por referirse a una actividad que tiene vigilancia especial por parte del Estado, la realizan los ministerios del respectivo

375 Artículo 19.7, *ibíd.*

376 *Ídem.*

377 Artículo 370 de la Constitución Política.

ramo, por ejemplo: el que fija las políticas en el servicio público de saneamiento básico es el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio con relación al saneamiento básico³⁷⁸. En cuanto a la regulación del servicio, ya que es un servicio público regulado por el Estado, la realizan las comisiones de regulación, existen dos comisiones: la Comisión de Regulación en Energía y Gas y la Comisión de Regulación de Agua, Alcantarillado y Aseo³⁷⁹.

K. La asamblea de socios

Es la reunión de los accionistas reunidos con el quórum y según lo que se encuentre estipulado en los estatutos. Las decisiones que tomen deben contar con el voto favorable de “un número plural de socios”, además, cada socio podrá emitir tantos votos como correspondan a sus acciones. Si un socio es el titular de un 95% de las acciones y otros cinco tienen cada uno una acción, el primero podrá emitir 95 votos, pero ellos no serán suficientes porque la pluralidad de socios exige que al menos otro accionista se sume a su parecer³⁸⁰.

L. La junta directiva

A simple vista, la lectura de los artículos que trae la Ley 142 de 1994 sobre el régimen de la empresa deja varias inquietudes para determinar si es o no obligatorio que en las empresas exista junta directiva. Está ya claramente determinado por la doctrina³⁸¹ que las juntas directivas no son obligatorias en ningún tipo de sociedad, ni siquiera en las anónimas, se trata de una mera alternativa que los socios pueden o no escoger. Esto no ocurre así en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios: los artículos 19.4 y 19.16 la hacen completamente imperativa, en la medida en que se manda determinar en los estatutos que en la junta exista representación proporcional a la propiedad accionaria³⁸².

378 Artículo 67 de la Ley 142 de 1993, cit.

379 Artículos 68 y ss., ibíd.

380 Artículo 19.9, ibíd.

381 GABINO PINZÓN. *Sociedades comerciales*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1997, p. 327.

382 Artículo 19.4 Ley 142 de 1993, cit.: “los aumentos de capital autorizado podrán disponerse por decisión de la *junta directiva*, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que

M. La elección de los miembros de la junta directiva

Existen, dentro de la órbita de los servicios públicos, tres clases de empresas de servicios públicos domiciliarios: las oficiales, las mixtas y las privadas, las cuales fueron explicadas con anterioridad³⁸³, dependiendo del tipo de empresa se hace la elección de miembros de la junta dejando en claro que las mixtas y las privadas van a tener un mismo régimen para la elección de su junta.

En las empresas de servicios públicos oficiales, los miembros de la juntas son elegidos por el Presidente, el gobernador o el alcalde, según sea el caso (dependiendo de si la empresa es nacional, departamental o municipal). En el caso de las empresas de servicios públicos del orden municipal, las dos terceras partes las elige el alcalde y la otra tercera parte los vocales de control registrados en los comités de desarrollo y control social³⁸⁴. Ya en el caso de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, se regirán por la ley y por los estatutos, pero eso sí, debe existir una representación proporcional a la propiedad accionaria.

N. Los organismos de control

Por estar en juego una actividad de servicio público, además de que nos encontramos en un Estado democrático y participativo, el pueblo quiere saber cómo actúan sus gobernantes y qué tanta protección dan a sus derechos como usuarios de servicios públicos, por esta razón en Colombia existen un sinnúmero de organismos de control dirigidos a todos los campos de la actuación de las empresas, los más importantes son los que a continuación se mencionan.

1. Superintendencia de Servicios Públicos

Por medio de esta entidad el Estado realiza el control y la vigilancia de los servicios públicos domiciliarios. Esta es obligatoria, por

aquellas tengan..." (cursiva fuera de texto). Artículo 19.16 *ibíd.*: "La composición de las *juntas directivas* de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria" (cursiva fuera de texto).

383 *Supra* cap. segundo, IX.A.

384 Artículo 27.6 de la Ley 142 de 1993, cit.

cuanto la misma Constitución, que se la atribuye al Presidente de la República, impone ejercerla mediante este órgano³⁸⁵, de manera exclusiva³⁸⁶. Por tanto, la empresa como tal solo puede ser vigilada por la Superintendencia antes mencionada.

Esta superintendencia no reemplaza la vigilancia que hacen las corporaciones autónomas regionales en los casos de concesión de los recursos naturales, por cuanto lo que ella vigila es que se cumplan las obligaciones contractuales surgidas del contrato de concesión, no las normas de las empresas. No existe control de tutela por parte de las entidades centralizadas, ya que, como lo ha dicho la Corte, son realmente empresas de servicios públicos y no están sujetas a este control.

La Superintendencia para ejercer el control y la vigilancia: a. Vigila que se cumplan las leyes y los actos administrativos, pero solo cuando se afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y san-

385 Artículo 370 de la Constitución Política.

386 Así lo entendió la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de las normas 63.5 y 82 de la Ley 142, sobre las facultades sancionatorias de los personeros municipales: "Si es la misma Constitución la que asigna al Presidente la tarea de control, la inspección y la vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta, como ocurre en el caso de estudio. Este control administrativo que realiza la Superintendencia es distinto del control disciplinario que la Constitución les asigna a los personeros municipales y a la Procuraduría General de la Nación, pues este último se dirige a investigar y sancionar la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos por incumplir los deberes propios del cargo ya sea por omisión o por extralimitación de funciones, como infringir la Constitución y las leyes. Estos dos controles tienen origen constitucional y no se excluyen entre sí, puesto que su finalidad es distinta, además que los sujetos sobre los que recae cada uno también difieren: en el primer caso versa sobre las 'entidades' que prestan servicios públicos, mientras que en el segundo, sobre los empleados públicos o las personas que desempeñen funciones públicas en tales empresas. // En efecto, como ya se ha expresado, en la norma que es objeto de demanda parcial se faculta a los personeros municipales para imponer multas hasta por diez salarios mínimos mensuales a las empresas que presten servicios públicos en el municipio, por las infracciones a la ley (142 de 1994) o a las normas legales a que deban estar sujetas, en perjuicio de un usuario residente en el municipio. Quiere esto significar que una de las funciones atinentes al control y vigilancia de dichas entidades, que constitucionalmente compete de forma exclusiva a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por obra del legislador se ha trasladado a los personeros municipales, con clara violación del artículo 370 del estatuto supremo, razón por la cual será declarada inexecutable la norma legal que tal cosa impone". Sentencia C-599 del 6 de noviembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20034044>].

ciona en caso de infracción. La empresa sancionada puede impugnar ante la jurisdicción contenciosa la decisión³⁸⁷; b. Controla los contratos de prestación de servicios de públicos³⁸⁸; c. Realiza el control de gestión, tiene registro sobre las empresas, evalúa la gestión y la publica, verifica que se cumplan los requisitos técnicos en todos los aspectos (obras, equipos, etc.), colabora con programas de gestión, etc.³⁸⁹; y d. Sanciona a las empresas de servicios públicos y a sus empleados: en la Ley 142 de 1994 se estatuye que existirá una responsabilidad objetiva respecto a las empresas y subjetiva para las personas naturales³⁹⁰. De la lectura de la ley se determina que existen dos sanciones principales (amonestación y multa), además de el resto de las subsidiarias³⁹¹. La multa puede ascender hasta 2.000 salarios mínimos mensuales por cada año que se haya cometido la infracción, esta se determina teniendo en cuenta el impacto de la regularidad sobre la marcha del servicio y en segundo término, si hay reincidencia³⁹².

2. Control disciplinario

El control disciplinario como parte del control sancionador administrativo, es decir, sin incluir las faltas que van a ser castigadas por parte de la entidad prestadora de servicios públicos teniendo como base su reglamento interno y el Código Sustantivo del Trabajo, se puede definir como aquélla parte del control estatal que se realiza contra los servidores públicos –aunque se encuentren retirados del servicio– y los particulares que cumplan funciones públicas³⁹³, por abusar de los derechos, incumplir con sus deberes, incurrir en las prohibiciones y violar las inhabilidades e incompatibilidades³⁹⁴.

387 Artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, cit., modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, cit.

388 Artículo 79.2 de la Ley 142 de 1994, cit., modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, cit.

389 Artículo 79.9 a 79.13 de la Ley 142 de 1994, cit., modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, cit.

390 Inciso final del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, cit.

391 El artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, cit., dice: “si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los 30 días siguientes al requerimiento que se le formule, *se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén*” (cursiva fuera de texto).

392 Artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, cit.

393 Artículo 25 de la Ley 734 de 2002, cit.

394 Artículos 33 a 41 de la Ley 734 de 2002, cit.

a. Las empresas de servicios públicos oficiales

Todas las personas que se encuentran vinculadas a este tipo de empresas se someten al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo a la interpretación que le dio la Corte Constitucional al artículo 41 de la Ley 142 de 1994. Esto significa que todas las personas vinculadas a las empresas de servicios públicos oficiales son, por regla general, trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos³⁹⁵.

De acuerdo a lo anterior, aplicando, obviamente, el criterio subjetivo, al ser las personas vinculadas a las empresas de servicios públicos oficiales servidores públicos, se someten en su integridad al Código Disciplinario Único³⁹⁶. El artículo 25 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002³⁹⁷, determinó que “son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio...”.

Los servidores públicos son los llamados en forma natural a ser los sujetos disciplinables del derecho administrativo disciplinario, por cuanto son ellos los que se encuentran en una relación especial de sujeción, además de esto, son los que de manera directa deben cumplir con las tareas que debe desarrollar el Estado.

La relación disciplinaria se da por el hecho de existir una subordinación laboral respecto del Estado, lo que hace someter el comportamiento del servidor público a unos parámetros que están determinados por el mismo Estado, esto significa que el servidor debe cumplir con unos deberes constitucionales y legales, está prohibido que abuse de los derechos para él consagrados y además no debe violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

395 Serán empleados públicos, según el inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.937, de 27 de enero de 1969, disponible en [http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-104219_archivo_pdf.pdf], las personas de dirección y confianza que determine en los estatutos de las empresas.

396 Artículo 25 de la Ley 734 de 2002, cit.

397 *Diario Oficial*, n.º 44.699, de 5 de febrero de 2002, disponible en [<https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>].

b. Las empresas de servicios públicos mixtas

Dentro de todo el análisis realizado en la primera parte de este libro, pudimos determinar que, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional³⁹⁸, las empresas de servicios públicos mixtas son entidades estatales, en el concepto de descentralizadas por servicios. Las empresas de servicios públicos mixtas son las que tienen menos del 100% de participación estatal, pero igual o más del 50%. En cuanto a la vinculación laboral de las personas que trabajan para esas empresas, encontramos que se vinculan a través de contrato laboral y que están sometidas a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, aquí nos encontramos en una discusión que también ya fue resuelta por la Corte Constitucional y es la siguiente: las personas que están vinculadas laboralmente a una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta ¿qué naturaleza tienen? Y la respuesta fue contundente: son *servidores públicos*. Y la razón que nos trae la Corte Constitucional para determinar que los trabajadores vinculados a las empresas de servicios públicos domiciliarios por medio de contrato laboral del Código Sustantivo del Trabajo, es por cuanto el artículo 123 de la Constitución Política determinó que todo aquel que trabajé en una entidad descentralizada por servicios, esto es, en una entidad del Estado, es un servidor público³⁹⁹. El artículo 123 de la Constitución Po-

398 Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007, cit.

399 Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007, cit.: "Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que 'son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios'. (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 ibídem establece que '(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley'. Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de 'servidor público' es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 Superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas,

lítica expresa que: “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente *y por servicios...*”. (Resaltado fuera de texto).

Y que las formas de vinculación las trae el artículo 125 de la norma Superior que determina: “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales *y los demás que determine la ley*”. (Resaltado fuera de texto). Por lo tanto, como ya lo había dicho la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional ya citada, las empresas de servicios públicos mixtas son entidades públicas, las personas vinculadas a ellas son servidores públicos, pero vinculados por medio de contrato laboral.

Como podemos observar, la vinculación por medio de contrato laboral no es una de las categorías incorporadas en el artículo 125 de la Constitución Política, pero como se infiere del análisis de la misma norma, el constituyente le permitió al legislador traer diferentes formas a las que ya están definidas, cuando expresó que se incluyen a las *demás que determine la ley*, siendo este uno de los casos, por cuanto la Ley 142 de 1994 en su artículo 41 determinó que la forma de vinculación a las empresas de servicios públicos mixtas era el Código Sustantivo de Trabajo. Es por todo lo anterior que las personas vinculadas a este tipo de empresas son servidores públicos, vinculados por contrato laboral del Código Sustantivo del trabajo.

Ahora bien, hecha la anterior apreciación, ¿cuál es el régimen disciplinario de los trabajadores de las empresas de servicios públicos mixtas? Realizadas todas las anteriores consideraciones donde determinamos que estas entidades son entidades estatales, que son descentralizadas por servicios y que sus trabajadores son servidores públicos, la respuesta a esta pregunta es muy fácil de resolver y es que son sujetos del derecho disciplinario.

Si se trae a colación el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 citada que determina lo siguiente : “son destinatarios de la ley disciplinaria los

entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas”.

servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio...”, se observa con claridad que son sujetos pasivos del derecho disciplinario.

c. Las empresas de servicios públicos privadas

Al igual que las empresas de servicios públicos mixtas, la vinculación laboral de las personas que trabajan para esas empresas, se hace a través de contrato laboral y están sometidas a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo al artículo 41 de la Ley 142 de 1994. En caso de las empresas de servicios públicos privadas hay que dividir en dos el sometimiento al Código Único Disciplinario y eso esta relacionado por la circunstancia de que exista o no participación del Estado en cualquier porcentaje.

Como lo dijimos en el capítulo anterior, cuando una empresa de servicios públicos tiene participación del Estado, así sea menos de un 1%, se entiende que es mixta⁴⁰⁰, esto es que tiene recursos de públicos y privados, si esto ocurre, se aplican todas las consideraciones que hicimos con relación a las empresas de servicios públicos mixtas. Entonces, si tiene una participación por parte de Estado mayor a 0% e igual o menor a 50%, la empresa de servicios públicos es entidad estatal, entidad descentralizada por servicios y sus trabajadores son servidores públicos. En caso contrario, si la participación del Estado es cero, esto es, los privados tienen el 100%, son trabajadores privados. Ahora bien, ¿un particular puede estar sometido al Código Disciplinario Único? La respuesta es sí, como lo determina los artículos 25 y 53 de la Ley 734 de 2002, pero de acuerdo a unas consideraciones particulares.

Artículo 25 Ley 734 de 2002: “son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y *los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código*”. (Resaltado fuera de texto).

La regla general es que las personas que trabajan para ese tipo de empresas son particulares y, por consiguiente, no estarían sometidas por

400 Es mixta no en el concepto de la Ley 142 de 1994, cit., de empresa de servicios públicos mixta, sino que tiene una participación del Estado que hace que la empresa no sea del todo privada y por lo tanto, la participación es mixta. Sin importar el porcentaje.

el carácter subjetivo a las reglas del derecho disciplinario administrativo. Por el contrario, su comportamiento deberá sujetarse a lo que prescribe el Código Sustantivo del Trabajo, al reglamento interno de trabajo y al contrato de trabajo respectivo. La responsabilidad disciplinaria de las personas vinculadas con esa empresa será para con el empleador, con el que se tiene la relación laboral, mas no para con el Estado, ya que con éste no tiene ningún vínculo de subordinación. Pero esto tiene una excepción, además de los servidores públicos, los particulares pueden ser sujetos del derecho disciplinario administrativo de acuerdo a unas reglas que trae el Código Disciplinario Único en el artículo 53, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, que expresa lo siguiente:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. // Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. // Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. // *No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.* (Resaltado fuera de texto).

Es la única forma a través de la cual se le puede aplicar el Código Disciplinario Único a los particulares, ya que ésta ocurre por la circunstancia que un particular realice actividades que son propias del Estado. Entonces, funciones públicas son aquellas actividades que realiza el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público o por los organismos autónomos o de control⁴⁰¹. Aquí observamos que la acti-

401 Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 24 de octubre de 1996, HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-563-96.htm>].

vidad que es desplegada por el particular es una función pública, por esa circunstancia, el Estado debe asumir un control y una vigilancia de esa actividad⁴⁰². En este caso no se vincula al sujeto como disciplinable ante el Código Disciplinario Único por el carácter subjetivo, esto es, por ser un servidor público, ya que no adquiere tal condición por el hecho de prestar una función pública sino que queda vinculado al régimen disciplinario por el carácter objetivo o material de la actividad que está realizando, puesto que dicha actividad es propia del Estado. Por esa circunstancia, sus actuaciones se asimilan a las hechas por el Estado. No se atiende la situación de quien actúa (subjetiva), sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés público al que está atado (objetiva)⁴⁰³.

De acuerdo a la Constitución Política⁴⁰⁴, los particulares pueden ejercer funciones públicas en ciertas circunstancias y cuando la misma Constitución o la ley lo autorizan. Esto significa que debe existir una autorización (normativa) por parte del Estado para que un particular pueda ejercer una función pública. Pero, para que pueda iniciarse una actuación administrativa disciplinaria, no es requisito solo que el particular tenga asignada una función pública, sino que además se requiere que el particular actúe en ejercicio de esa función asignada. No basta con tener la función pública, necesariamente se requiere que esté haciendo uso efectivo de la misma.

Creemos que el único caso en que las personas que trabajan en las empresas de servicios públicos domiciliarios privadas pueden ser sujetos del derecho disciplinario, es cuando ejercen funciones públicas y actúan en ejercicio de esas funciones, en el caso de la Ley 142 de 1994 éstas se limitan a las siguientes funciones que le dio el legislador a las empresas de servicios públicos domiciliarios: i. Contrato de servicios públicos (art. 28 *ibíd.*)⁴⁰⁵; ii. Los actos que decidan la negativa a con-

402 Corte Constitucional. Sentencia C-286 del 27 de junio de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm>].

403 Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-280-96.htm>].

404 Artículos 116, 123, 131, 221, 246, 267, 277.9, 318, etc., de la Constitución Política.

405 El Consejo de Estado en Auto S-701, cit., determinó que el contrato de servicios públicos creaba una relación de derecho público.

tratar; la suspensión, terminación, corte y facturación de los servicios públicos domiciliarios⁴⁰⁶; iii. Cuando se incluyan o se faculden por la respectiva comisión de regulación las cláusulas exorbitantes (art. 31 Ley 142 de 1994); y iv. Si la ley les otorga la facultad de administrar recursos del Estado. Esta es una actividad eminentemente pública.

En estos casos, las personas vinculadas a las empresas de servicios públicos se convierten en sujetos del derecho disciplinario, por cumplir una función que materialmente es del Estado (criterio objetivo). Creemos que la única forma en que los particulares pueden ser vinculados a las empresas de servicios públicos 100% privadas, sujetos disciplinables es en el caso que ejerzan funciones públicas.

3. Control fiscal. Contralorías

El control fiscal es la función pública dirigida a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares que administran o manejan bienes del Estado, debe basarse en la aplicación de indicadores de eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales. El control de la gestión fiscal ha sido entregado constitucionalmente a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, que realizaran este control de acuerdo con la Ley 42 de 26 de enero de 1993⁴⁰⁷ y la Ley 142 de 1994. Hay que tener claro que las contralorías ejercen este control a las empresas de servicios públicos (oficiales, privadas o mixtas) cuando el Estado tiene aportes, lo cual se hace con base en la leyes 42 de 1993 y 142 de 1994.

El control sobre los aportes se debe realizar de conformidad con el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994:

En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. *A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales...* (Resaltado fuera de texto).

406 Estos actos son administrativos según el Auto S-701, cit.

407 *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

Hay que tener claro que la vigilancia de la gestión fiscal, esto es de los bienes y recursos del Estado, se realiza sin importar el tipo de empresa o entidad que lo realice o si es pública o privada, siempre debe ejercerse. En el caso de las empresas de servicios públicos, donde exista participación estatal, sin importar que sea pública, mixta o privada, el control debe hacerse sobre la totalidad de la empresa.

La Ley 42 de 1993 no habla de manera específica sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero sí toca el tema de las sociedades de economía mixta y crea una regla que aplica en los casos que nos encontremos en entidades que tengan aportes públicos y privados. Sostiene el artículo 21 de la Ley 42 de 1993:

La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8.º de la presente ley. // Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal. // Parágrafo 1.º *En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.* // Parágrafo 2.º La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. (Resaltado fuera de texto).

Por lo que, de acuerdo al parágrafo 1.º del artículo 21, el resultado obtenido tendrá efectos únicamente en lo referente a la participación del Estado en esa empresa. Ahora, ¿cómo debe hacerse?, el parágrafo 2.º expresa la forma en que la Contraloría General deberá realizar esta actividad y es mediante la creación del procedimiento para cumplir lo que dice el artículo 21 de la Ley 42.

El artículo 37 del Decreto 266 de 22 de febrero de 2000⁴⁰⁸, que posteriormente fue replicado por el artículo 5.º de la Ley 689 de 2001 ya citada, modificadorio del artículo 50 de Ley 142 de 1994, trataron de limitar el control de las empresas de servicios públicos sosteniendo que

Artículo 5.º modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así: [...] el control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con

408 *Diario Oficial*, n.º 43.906, de 22 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3281>].

participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

La diferencia entre una norma y la otra, es que el decreto lo hacía sobre las empresas privadas y mixtas y la Ley 689 sobre todo tipo de empresas. Esto llevo a la Corte Constitucional a concluir que el control que ejerce la Contraloría no puede ser limitado por el Congreso y que por sus funciones constitucionalmente atribuidas puede ejercer todos los sistemas de control como son los de legalidad, financiero, de gestión, de resultados, de revisión de la cuenta y demás, y que toda la documentación que requiera para el ejercicio y cumplimiento de su función debe ser entregada al momento de ser requerida.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1191 de 13 de septiembre de 2000⁴⁰⁹ expresó:

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que

409 M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14656>].

Contratos para la prestación del servicio público...

ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, *se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados.* De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9.º) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que

concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, *en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral*, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional⁴¹⁰. (Resaltado fuera de texto).

La conclusión de la sentencia es contundente: el control fiscal se realiza donde exista un peso del Estado y además determina que el control es integral.

4. Control interno

Este control tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991 y es un control de gerencia, dirigido a la gestión por resultados, con lo que se busca el cumplimiento de los objetivos institucionales y que exista racionalidad en la gestión que se realiza. El inciso 2.º del artículo 209 de la Constitución Política determina que: “La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. Por lo que las empresas estatales deben contar por Constitución con este mecanismo de control y las privadas lo deben tener por cuanto la Ley 142 de 1994 no hace ningún distingo en su campo de aplicación, por lo que claramente el control debe hacerse a todas las entidades prestadoras de servicios públicos.

410 Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2000, cit. Con relación a la reiteración que realizó el Congreso con la Ley 689 de 2001, cit., la Corte Constitucional la decretó inexecutable por medio de la Sentencia C-290 del 23 de abril del 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-290-02.htm>].

La Ley 142 definió de forma diferente el control interno a como lo trae la Ley 87 de 29 de noviembre de 1993⁴¹¹, que lastimosamente quedó corta, la definición que trae la Ley 87 aplicaba perfectamente para los fines que buscaba la Ley 142, sólo necesitando complementar algunos temas específicos. De acuerdo con la Ley 87 de 1993, se sujetarían a esta norma las empresas de servicios públicos oficiales⁴¹², las demás se someten a las reglas propias de la Ley 142 de 1994.

El artículo 46 de la Ley 142 de 1994 determinó: “Se entiende por control interno el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizado por la administración de cada empresa para lograr que sus objetivos se cumplan”⁴¹³. Amplió, eso sí, el campo de aplicación del control interno a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, comportando todos los beneficios que esto acarrea tanto a las empresas como a los usuarios⁴¹⁴. Con esta ley se le otorga a la Superintendencia la función de “velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las empresas de servicios públicos”⁴¹⁵.

El control interno radica su responsabilidad en cabeza de “la gerencia de cada empresa de servicios públicos”, y comprende su evaluación

411 *Diario Oficial*, n.º 41.120, de 29 de noviembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=300>].

412 Artículo 5.º Ley 87 de 1993, cit.: “Campo de aplicación. La presente Ley se aplicará a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal”.

413 Artículo 1.º *ibíd.*: “Definición del control interno. Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos. // El ejercicio de control interno debe consultar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales. En consecuencia, deberá concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad del mando”.

414 Artículo 46 de la Ley 142 de 1994, cit.

415 Artículo 47, *ibíd.*

y vigilancia. Esta función podrá ser entregada por el gerente a la oficina que se crea para llevar tal función⁴¹⁶.

5. Control ciudadano

Al encontrarnos en un Estado social y democrático de derecho, en un sistema de democracia participativa⁴¹⁷, se realiza un giro de 180 grados al incluirse constitucionalmente a los ciudadanos en la toma de todas las decisiones que los afecten, la participación ciudadana se convierte de ese modo en un principio informador e interpretador de toda la Carta fundamental.

En desarrollo de todos los preceptos constitucionales como los artículos 2.º, 78, 106, 270 y 369, el Congreso ha expedido normas sobre este control como lo son los comités de desarrollo y control social de las empresas de servicios públicos domiciliarios⁴¹⁸ y las veedurías ciudadanas⁴¹⁹. En el caso de los servicios públicos, las empresas pueden ser objeto de derechos de petición, acciones constitucionales como la tutela⁴²⁰, de grupo o populares⁴²¹.

416 Artículo 49, *ibíd.*

417 Artículos 1.º a 3.º de la Constitución Política.

418 Artículos 62 y siguientes de la Ley 142 de 1994, *cit.*, modificados por el artículo 10.º de la Ley 689 de 2001, *cit.*

419 Ley 850 de 18 de noviembre de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.376, de 19 de noviembre de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10570>].

420 Los servicios públicos domiciliarios no se consideran como derechos fundamentales y solo procede la protección cuando también resulta afectado un derecho fundamental, por lo que sólo son tutelables cuando quien incoa demuestra por cualquier medio probatorio que al no tener este servicio se les está vulnerando un derecho fundamental: Corte Constitucional. Sentencias T-578 de 1992, *cit.*, sobre agua potable; T-472 de 22 de octubre de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-472-93.htm>], sobre derecho al alcantarillado; T-564 del 7 de diciembre de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-564-93.htm>]; T-927 de 18 de noviembre de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-927-99.htm>].

421 Reglamentadas en la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=188>].

O. La extinción de la sociedad

Esta ley determina que las empresas de servicios públicos no se disolverán sino por las causales previstas por los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un mismo accionista. Entonces, las empresas se disuelven por las siguientes causales: 1. Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital social; 2. Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración. Recordemos que la duración de las empresas de servicios públicos puede ser indefinida⁴²²; 3. Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o cosas cuya explotación constituyen su objeto; 4. Cuando las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un mismo accionista. En el caso de las empresas de servicios públicos, para constituirse necesitan de cinco accionistas, pero pueden funcionar con dos; 5. Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social; y 6. Por decisión de la autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes.

En caso de encontrarnos en una causal de disolución, se debe continuar prestando el servicio, mediante la realización de los actos y contratos necesarios para hacerlo. Deberán informar a las autoridades y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y además, deberá convocar a la asamblea general para informar en detalle de esa situación⁴²³.

II. REGLAS CONTRACTUALES ESPECIALES QUE APLICAN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Existen para las entidades que prestan servicios públicos algunas normas especiales que deben aplicar por disposición expresa del artículo 36 de la Ley 142 de 1994, las cuales son: 1. Podrán pactar que la constitución en mora no requiera pronunciamiento judicial; 2. Si en el contrato no se habla de intereses, se entienden pactados a una tasa

422 Artículo 19.2 de la Ley 142 de 1994, cit.

423 Artículo 19.13, ibíd.

mensual igual al promedio de las tasas activas del mercado, como compensatorios y como moratorios, una tasa igual a la máxima permitida por la ley para las obligaciones mercantiles; 3. Es posible renunciar, total o parcialmente, a sus derechos contractuales, sin ninguna formalidad o consentimiento de la otra parte, a menos que la renuncia la perjudique. Si la parte es plural la renuncia de uno de los integrantes no afecta a los otros; 4. La negociación, celebración y modificación de los contratos de garantía que se celebren para proteger a las empresas se someterán a las reglas propias de la garantía; 5. Las donaciones que se hagan a las empresas de servicios públicos no requieren insinuación judicial, sin importar el monto; y 6. Está prohibido a las financieras celebrar contratos con empresas de servicios públicos oficiales para facilitarles recursos, mientras incumplan los indicadores de gestión, o en su defecto, mientras no acuerden un plan de recuperación con la comisión encargada de regularlas.

III. CONTRATOS A TRAVÉS DE LOS CUALES LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y LAS ENTIDADES OFICIALES BUSCAN LA VINCULACIÓN DE TERCEROS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Se trata básicamente de los contratos a que hace referencia el artículo 39 de la Ley 142 de 1994. Veamos.

A. El párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994

Este párrafo fue una modificación que realizó la Ley 689 de 2001 citada a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Y en ella no se determina un nuevo contrato, sino que se somete a una normatividad diferente a algunos contratos que ya se venían celebrando. Tal vez por preocupaciones del legislador al ver la cantidad de contratos que celebraban los municipios con diferentes empresas de servicios públicos para la prestación del servicio. En este nuevo párrafo se determina que cuando una entidad territorial (municipio o departamento) vaya a celebrar un contrato con una empresa de servicios públicos domiciliarios, con el objeto de que estas empresas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o para que sustituyan a otra que entren en causal de disolución o liquidación, se regirá para todos sus

efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), pero en todo caso, la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública.

Esto no significa que se esté dando un contrato de concesión del servicio⁴²⁴, por cuanto, como ya lo hemos visto, existe la libertad de empresa para prestar los servicios públicos domiciliarios y cualquier empresa puede entrar en un municipio a prestarlos⁴²⁵. Lo que da a entender la norma es que en caso de celebrarse un contrato en el cual una empresa va a quedar encargada del servicio, ello significa que la entidad territorial (municipio o departamento) va a darle –p. ej., en compraventa o arriendo⁴²⁶–, los bienes para prestar el servicio, las redes, la infraestructura, o a celebrar un contrato de gestión⁴²⁷, un BOOT⁴²⁸, *joint venture*, etc., en todos los casos la empresa de servicios públicos queda con la obligación de prestar el servicio. Los anteriores son ejemplos de contratos que se deben celebrar con base en la Ley 80 de 1993, cuando las entidades territoriales los realicen con dos finalidades específicas: 1. Darle a una empresa de servicios públicos la prestación de uno o más servicios públicos (no como una concesión, porque, se repite, no existe concesión para la prestación de servicios públicos domiciliarios⁴²⁹, sino para entregarle en cualquiera de las otras formas negociales la prestación del servicio público: p. ej., compraventa, arrendamiento, gestión, BOOT, etc.); y 2. Para que una empresa de servicios públicos asuma la prestación del servicio público de otra que entre en causal de disolución o liquidación. Esta causal tiene relación directa con la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos y

424 La concesión es para las áreas de servicio exclusivo únicamente.

425 Artículos 10.º, 22 y 23 de la Ley 142 de 1994, cit.

426 En este contrato, la entidad pública entrega, de manera total o parcial, las redes y demás elementos necesarios para la prestación de servicios públicos, como contraprestación la empresa de servicios públicos debe pagar un canon de arrendamiento.

427 Mediante este contrato, la entidad pública contrata con una empresa de servicios públicos para la administración, operación, mantenimiento y suministro a los usuarios de los servicios públicos.

428 Este contrato consiste en que el que va a ser el operador de los servicios públicos domiciliarios construye, opera y mantiene el sistema para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y luego de explotado temporalmente ese sistema, revierte todo a favor de la entidad pública competente.

429 La excepción son las áreas de servicio exclusivo.

con la obligación de los municipios para la prestación de los servicios públicos.

La norma dice que se debe aplicar el Estatuto General de la Contratación, esto significa que se debe acudir a los principios de la contratación (economía, transparencia y responsabilidad), se debe escoger al contratista siempre por medio de licitación (no se podrá acudir nunca a la contratación directa o a la selección abreviada, por cuanto la misma norma la excluye), se incorporarán a los contratos las cláusulas exorbitantes, se liquidarán, etc.

B. Los contratos de concesión para la utilización de recursos naturales

La concesión es un contrato por medio del cual

las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio público⁴³⁰.

En la concesión el Estado no traspasa la titularidad del bien objeto del servicio, sino que traspasa la administración y su utilización, pero el dominio es del Estado y de él no puede “desprenderse”⁴³¹. No es que por la concesión se estén privatizando los recursos naturales no renovables, ni que exista abandono por parte de las entidades públicas en la protección del medio ambiente, sino que el Estado, al ser el dueño de estos bienes, tiene el derecho de ir a la concesión y ejercer las funciones propias de vigilancia y control que le otorgan las leyes. En estos contratos, la persona a la que se le da en concesión administra y opera bajo su propio riesgo, con sus propios medios y asumiendo la totalidad de los costos la prestación del servicio, además de las inversiones necesarias para el mejoramiento del servicio y, según el caso, para la

430 Corte Constitucional. Sentencia C-126 del 1.º de abril de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>].

431 Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 3 de diciembre de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-647-97.htm>].

expansión de redes. Este tipo de contrato se rige por las reglas y los principios propios del derecho público, según el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

1. Contrato de concesión para la explotación del agua

Esta concesión es la realizada para la utilización del agua, para los servicios públicos de acueducto y energía. La Ley 142 de 1994 determinó, en su artículo 39.1, que le compete celebrar este contrato a las entidades a las que “corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute”, esto significa que hoy le corresponde realizarlo a las entidades creadas por la Ley 99 de 1993 ya citada, las corporaciones autónomas regionales, según el artículo 23 de esa ley, así

Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrado por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, *encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables* y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Con esta concesión no se le otorga al concesionario el dominio que posee el Estado sobre los bienes de uso público, sino que éste otorga la explotación y administración de dichos bienes, pero conservando su titularidad⁴³². En materia de aguas la Corte dijo que la concesión simplemente otorga “el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre estas”⁴³³. Por tanto, el Estado posee potestades propias que le confiere la ley para garantizar, a través de la entidad correspondiente –en este caso las corporaciones autónomas regionales– su correcto ejercicio. Dentro de la ley se creó una nueva causal

432 Ídem.

433 Corte Constitucional. Sentencia T-379 del 28 de agosto de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-379-95.htm>].

de caducidad, la cual ocurre por el transcurso de tres años a partir del otorgamiento de la concesión sin que el concesionario haya realizado inversiones que permitan su aprovechamiento económico para el año siguiente. La ley faculta a las comisiones de regulación para que, si lo consideran conveniente, fijen un plazo distinto.

La Ley 142 de 1994 remite a las normas propias que regulan el tema de los recursos naturales no renovables: es un contrato limitado en el tiempo por 20 años (Dcto. 1541 de 26 de julio de 1978⁴³⁴), que genera obligaciones al concesionario de reintegrar el agua en determinadas condiciones tras su uso, pagar las tasas, tarifas, o derechos que se le impongan, para impedir el deterioro de los recursos o del ambiente.

Respecto de los servicios públicos de agua potable y de energía, las personas que los quieran prestar deben estar constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios pero esto no es así para el caso de la concesión de aguas, por cuanto la solicitud la puede realizar cualquier persona aun sin tener la calidad de empresa de servicios públicos.

2. Concesión del espectro electromagnético

Según la Ley 142 de 1994, artículo 39.1, el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes que le sean pertinentes, pero sin que el artículo 19 de la mencionada ley⁴³⁵ se aplique a bienes distintos de los estatales. Por consiguiente, todo lo relativo al acceso al espectro electromagnético con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios de las telecomunicaciones, se rige por la Ley 80 de 1993.

434 *Diario Oficial*, n.º 35.078, de 21 de agosto de 1978, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1250>].

435 Artículo 19 de la Ley 80 de 1993, cit.: “*De la reversión*. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba afectar compensación alguna”.

C. El contrato de concesión o similares que realizan las entidades oficiales

Estos contratos son aquellos necesarios para transferir la propiedad o el uso y el goce de los bienes que posee una entidad pública o privada para prestar los servicios públicos domiciliarios. Si atendemos a la Ley 80 de 1993, estamos frente a contratos estatales por cuanto la prestación del servicio la realizan entidades estatales, pero el parágrafo del artículo 39 los somete de manera exclusiva al derecho privado y los saca de la órbita del derecho público, claro está que sin violar los principios de la función administrativa que trae el artículo 209 de la Constitución.

Cuando la norma dice que se van a transferir los bienes a través de concesiones o similares no creemos técnico que a la vez hable de contrato de concesión, ya que este contrato es un derecho típico de la Ley 80 de 1993, un contrato de derecho público con regulación especial. Digamos que una entidad pública contrata con otra entidad, pública o privada la construcción de un acueducto y conviene que la empresa que la construya tenga derecho a sacarle provecho económico por un plazo determinado, puede ser por medio de derechos sobre la obra o servicio, de tarifas, tasas, participación por la explotación, etc. o que ese tipo de entidades oficiales arrienda o da en usufructo a una empresa las redes necesarias para prestar el servicio público de telefonía: a simple vista parecería una concesión.

Creemos que este tipo de contratos no son una concesión, sino que son una modalidad distinta de contrato. No son una concesión, porque la concesión es un contrato que realiza *el Estado*, cuya "finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos que en principio, como así lo dispone el Estatuto Superior, le correspondería al Estado"⁴³⁶, lo que significa que está en una relación directa con el interés general. En este tipo de contratos no se está dando el uso de un bien de uso público, como por ejemplo, una vía pública o el agua, ni tampoco se va a dar la concesión de los servicios públicos domiciliarios, ya que por ley no se necesita autorización para prestarlos, sino que por el contrario, se realiza un contrato por completo privado,

436 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996, cit.

por medio del cual una entidad pública contrata con una empresa para venderle, arrendarle o darle en usufructo la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio público.

La concesión es una figura típica del derecho público por medio de la cual el Estado da a los particulares sobre todo la administración de un servicio público, por cuanto de acuerdo a nuestra concepción, traída de Francia, se trata de una actividad propia del Estado, cuya titularidad le corresponde a éste y por consiguiente, el servicio público no puede ser prestado por los particulares.

En el ámbito privado no se realizan concesiones, según la definición de concesión que trae la Ley 80 de 1993, los servicios públicos domiciliarios por regla general están regidos por el derecho privado y respecto de los mismos se podrán realizar todo tipo de contratos, tanto típicos como atípicos, si dentro de su negocio jurídico estipulan un contrato con unas cláusulas parecidas a las del contrato de concesión, no realizan este tipo de contrato, sino que, por medio de su autonomía de la voluntad, crean o utilizan un contrato atípico para el derecho privado.

Ahora bien, luego de esa aclaración, la única excepción a la concesión del servicio público la trae la misma norma, esto es la Ley 142 de 1994, cuando expresa que en el caso que trae el artículo 40 ya explicado se puede entregar el servicio cuando las necesidades así lo determinen, ya que en esos casos, sí se esta entregando una concesión del servicio público.

D. El contrato de administración

Este es un tipo especial de contrato que se da comúnmente dentro del ámbito de los servicios públicos domiciliarios, en el cual un operador, que es dueño del negocio, se lo entrega a otro para que éste lo administre, no sólo le puede trasladar todo el servicio que esté prestando, sino que puede hacerlo también en forma parcial. El operador dueño sigue siendo el responsable para la prestación del servicio, él es quien aparece en toda la estructura del proceso de la prestación del servicio, pero contrata con otra persona para dividir la prestación del mismo en partes especializadas y de esta forma, hacerlo más eficiente.

E. Contratos que permiten a los terceros la expansión de la red

Es obligación de los operadores de servicios públicos extender la red hasta la acometida interna del usuario, pero en casos en que el servicio deba ser prestado para beneficiar solo a una o unas cuantas personas, resultará poco rentable para la empresa de servicios públicos. En estos casos, la ley permite que terceros particulares contraten con la empresa para poder recibir el servicio público que necesitan. Entonces, los particulares pueden acordar con la empresa realizar las obras necesarias para recibir el servicio, u obligarse a asumir el costo de las obras necesarias para que se les preste dicho servicio.

F. Los contratos de conexión e interconexión

Es lo que se denomina el acceso compartido, que es un contrato celebrado entre dos empresas prestadoras, o bien entre una de ellas y un gran proveedor o un gran consumidor, para la utilización de las redes (art. 39.4. Ley 142 de 1994). La interconexión viene a ser una limitación a la propiedad de las redes para prestar los servicios públicos domiciliarios, ya que la Ley 142 interviene y garantiza la conexión y la interconexión a diferentes operadores de servicios públicos. Las partes dentro del contrato están en libertad de escoger con quién hacer la interconexión, y sólo en el caso que no se llegue a un acuerdo la ley faculta a las comisiones de regulación para entrar a imponer la servidumbre de acceso. Las comisiones no podrán exigir características específicas de redes o sistemas más allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos, esto es así con el fin de proteger a los usuarios, proteger la competencia y garantizar la calidad de los servicios.

La nueva entidad que entre o que vaya a entrar a interconectarse debe garantizar que por el hecho de su interconexión no afectará al propietario de la red a la cual se interconecta. No puede resultar afectado el servicio, sino que debe mantenerse su correcta y eficiente prestación. Las comisiones establecen los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para la utilización de las redes y acceder a las redes públicas de interconexión, además de esto, las empresas que se interconectan deben pagar por la interconexión, por esto las comisiones pueden establecer las fórmulas tarifa-

rias necesarias para zanjar los desacuerdos entre los operadores (art. 73.22 Ley 142 de 1994).

G. Régimen jurídico

De acuerdo a lo explicado antes, salvo el contrato de concesión, todos los demás contratos se someten al derecho privado. No pueden ser cedidos, ni dados en garantía, ni estar sujetos en ningún otro tipo de negocio jurídico si no hay aprobación expresa de la otra parte, salvo los de interconexión ni los de extensión del servicio público.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría⁴³⁷.

IV. EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

La Ley 142 de 1994 creó un nuevo tipo de contrato, con una modalidad muy especial de regulación y protección por parte del Estado, ya que es a través de este contrato que las personas que van a utilizar los servicios públicos domiciliarios quedan vinculadas con una entidad proveedora de servicios públicos, agregándole un ingrediente constitucional que es que los servicios públicos son una finalidad esencial del Estado. Se consideró que ese contrato debía tener una protección especial por que en primer lugar, a través de él se satisfacen necesidades básicas de una comunidad, y en segundo lugar, por que al ser un contrato de adhesión con condiciones uniformes, necesita de una vigilancia y supervisión del Estado para evitar que las entidades que presten servicios públicos, al ser la parte fuerte dentro del contrato, incluyan cláusulas a su favor.

Dentro de esa protección que le otorga el Estado a ese contrato especial denominado de servicios públicos, a través del cual las personas que reciben el servicio toman desde ese mismo momento la denominación de usuarios, encontramos precauciones para que las entidades que estén prestando el servicio no abusen de su posición dominante, tal y como lo ordena el artículo 333 de la Constitución Política desarro-

437 Parágrafo del 39 de la Ley 142 de 1994, cit.

llado por la Ley 142 de 1994 en sus artículos 133 y siguientes, además de esto, se consagran una gran cantidad de normas para la protección de los usuarios en sede de la empresa, normas que establecen procedimientos especiales para defender sus derechos, que no son comunes en las relaciones negociales propias del derecho civil y comercial.

A. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Se entiende por contrato de servicios públicos un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, cada una de las cuales puede estar constituida por una sola o por varias personas⁴³⁸, en virtud del cual una parte calificada (entidad prestadora de servicios públicos) se obliga para con la otra u otras (usuarios) a la prestación de servicios públicos domiciliarios a cambio de un precio en dinero (tarifa).

La Ley 142 de 1994 en su artículo 128 determina: "*Contrato de servicios públicos*. Es un contrato [...] en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero...". La definición que trae la ley determina que el contrato de servicios públicos es únicamente el realizado por las empresas de servicios públicos. De esta definición legal podemos decir que no solo las empresas de servicios públicos prestan los servicios públicos domiciliarios; por el contrario, la Ley 142 de 1994 en su artículo 15 muestra un listado de entidades o personas que pueden llegar a prestar los servicios públicos, tales como los municipios o las empresas industriales y comerciales del Estado, teniendo ellos también que celebrar contratos de servicios públicos con sus posibles usuarios.

El acuerdo de voluntades debe versar sobre dos prestaciones recíprocas, esenciales a este contrato, y sin las cuales no puede existir como contrato de prestación de servicios públicos o degeneraría en otro contrato distinto. Tales prestaciones son: para una parte (entidad proveedora de servicios públicos), la obligación de prestar el servicio público domiciliario, para la otra (usuario), la obligación de pagar en dinero el valor del servicio que recibe (tarifa).

438 Artículo 1495 del Código Civil.

Los elementos esenciales el contrato son⁴³⁹ 1. El servicio público domiciliario a prestar: los servicios públicos domiciliarios son aquellos definidos por el legislador en el artículo 1.º de la Ley 142 de 1994⁴⁴⁰; y 2. La tarifa⁴⁴¹: el precio en dinero pagado por el usuario por la prestación del servicio. Esta tarifa debe ser, en términos generales, suficiente (que permita el desarrollo empresarial y para esto las tarifas deben ser costeables y retribuir el capital invertido), eficiente (que se optimice el uso de los recursos financieros, humanos y técnicos que le permitan cumplir de manera adecuada el servicio a su cargo) y solidaria (que las personas de mayores recursos colaboren, a través de la intervención del Estado, para que los sectores pobres de la población tengan acceso a los servicios públicos).

B. Régimen legal del contrato de servicios públicos domiciliarios

Como el constituyente había determinado en el artículo 365 superior que los servicios públicos estarían sometidos al régimen jurídico que fijara la ley, ello significó en el campo contractual que los negocios jurídicos que fueran a realizar las entidades proveedoras de servicios públicos podrían ser regidos por el derecho público, por el derecho privado o por un derecho mixto. En el campo contractual de los servicios públicos domiciliarios, se determinó que el régimen jurídico de los contratos que realizaran los proveedores de servicios públicos fuera el derecho privado, con las limitantes que nos traían las normas del artículo 31 de la Ley 142 de 1994⁴⁴². El Consejo de Estado con la Auto

439 Artículo 1501 Código Civil: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente...”.

440 *Supra* cap. primero, VII.

441 Artículos 86 y siguientes de la Ley 142 de 1994, cit.

442 Artículo 31 Ley 142 de 1994, cit., modificado por el artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, cit.: “Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. // *Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto*

de Unificación S-701 de 1997⁴⁴³ trajo una especial diferenciación para el contrato de servicios públicos, ya que en el expresó que este era un contrato especial, que por la relación con normas de obligatorio cumplimiento, terminaba sacándola del ámbito del derecho privado para convertirlo en un contrato público con todas las consecuencias que ello conlleva:

El contrato tipo de mayor relevancia en la Ley 142 de 1994, el previsto en el artículo 128, denominado contrato de servicios públicos (contrato empresa-usuario), se rige, por lo dispuesto en dicha ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las reglamentaciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil; vale decir, tanto por el derecho privado como por el derecho público. *El contrato de servicios públicos crea entre las partes una relación de derecho público* (contrato empresa-usuario para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutados, telefonía móvil rural y distribución de gas –art. 14.21–), está sujeto reglamentariamente en principio, a la Ley 142 y a otras normas de derecho público, además de estar sometido al derecho privado, ya que presentan un doble régimen o, mejor, un régimen mixto o especial. De un lado, la parte contractual propiamente dicha regida, en principio, por las reglas de la contratación privada; y de otro, la parte reglamentaria de derecho público, impuesta por la ley y los reglamentos del servicio, de obligatorio acatamiento. Régimen especial que muestra, como sucede con los contratos estatales, que los aludidos contratos tampoco pueden confundirse o asimilarse con el contrato privado, en el cual rigen con todo su rigor los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y la libre discusión de sus derechos y obligaciones, que aparecen seriamente atenuados en aquéllos⁴⁴⁴.

sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. // Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993". (Resaltado fuera de texto).

443 Ya citada.

444 Consejo de Estado. Exp. S-701 de 1997, cit.

Con esta primera sentencia y de entenderse un contrato de derecho público, como se puede observar, la relación jurídica entre los sujetos contractuales es mixta, ya que del mismo artículo 132 de la Ley 142 de 1994, se somete al mismo tiempo a una relación contractual y reglamentaria.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-540 de 24 de septiembre de 1992⁴⁴⁵:

No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales –salud, educación, seguridad social, etc.– y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado⁴⁴⁶.

Lo anterior nos muestra que las relaciones contractuales entre los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y las entidades proveedoras de servicios públicos, obviamente con relación al servicio público que prestan, no sólo están reguladas por las estipulaciones contenidas en el contrato de servicios públicos y por el derecho privado (civil y comercial), sino también por el derecho público (Constitución Política y la ley que establece un estatuto jurídico obligatorio a seguir por los proveedores del servicio)⁴⁴⁷. De acuerdo con lo anterior, el régimen del contrato de servicios públicos se regirá por: 1. La Ley 142 de 1994; 2. Las condiciones especiales que se pacten con los usuarios; 3. Las condiciones uniformes que señalen las entidades proveedoras de servicios públicos; y 4. Las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

445 M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-540-92.htm>].

446 Corte Constitucional. Sentencias T-540 de 24 de septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-540-92.htm>].

447 Corte Constitucional. Sentencias T-540 de 1992, cit.; C-263 de 13 de junio de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-263-96.htm>]; C-1162 de 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6717>]; C-558 del 2001, cit.; y C-493 del 2 de octubre de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-493-97.htm>]; Consejo de Estado. Exp. S-701, cit.

En caso de la existencia de un conflicto, se deben aplicar las normas en este mismo orden. Si existe un conflicto entre las condiciones uniformes con las especiales se deben preferir estas, en caso que el conflicto sea de las condiciones antes mencionadas con la ley, se debe preferir ésta. La interpretación en este sentido se desprende del artículo 132 de la Ley 142 de 1994. En ese sentido la Corte Constitucional expresó:

Esa relación estatutaria y contractual aparece vertida en el artículo 132 de la ley de servicios, que a su turno *impone una regla hermenéutica* tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de Comercio y Civil. Poniéndose de relieve el carácter mixto, o si se quiere especial, del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión⁴⁴⁸. (Resaltado fuera de texto).

C. Características del contrato de servicios públicos

El contrato de servicios públicos es: bilateral, oneroso, consensual, de adhesión y de condiciones uniformes. La Corte Constitucional, aparte de los propios del Código Civil y los de la doctrina civilista, por la interpretación que se le ha dado a este tipo especial de contrato también incluye la característica de mixto, esto es, como lo hemos visto, sometido a una relación reglamentaria y contractual:

Entre las características esenciales reconocidas a los contratos de condiciones uniformes además de tratarse de un negocio jurídico consensual, *se encuentran su naturaleza uniforme, tracto sucesivo, oneroso, mixto y de adhesión*. Es uniforme por someterse a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados. Es tracto sucesivo pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo. Es oneroso ya que implica que por la prestación del servicio público domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. Es de adhesión, en el entendido que las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerle a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido de las mismas. Finalmente, como previamente se señaló su naturaleza es

448 Corte Constitucional. Sentencia C- 558 de 2001, cit.

mixta, pues las disposiciones jurídicas que lo regulan corresponden a una relación reglamentaria y contractual.

Por último, en cuanto a su régimen legal y dada su naturaleza reglamentaria-contractual, el suministro de los servicios públicos domiciliarios se regirá, en primer lugar, por las leyes que regulan su continua y eficiente prestación, en específico, por las leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001. En segundo término, se aplicarán las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, y las condiciones uniformes previamente dadas a conocer siguiendo los medios de publicidad reconocidos en el ordenamiento jurídico. Finalmente, frente a cualquier omisión o vacío normativo, se acudirá a las normas del Código de Comercio y del Código Civil, en cuanto resulten compatibles⁴⁴⁹.

1. Contrato bilateral

Los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales. Un contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente⁴⁵⁰. Los contratos reciben la denominación de unilateral o bilateral según impongan obligación(es) a una sola de las partes o a ambas. Tenemos como bilaterales, los de compraventa, arrendamiento, permuta; y como unilaterales, los de mutuo, comodato, depósito, prenda.

El contrato de servicios públicos es bilateral ya que ambas partes resultan recíprocamente obligadas. Este contrato genera obligaciones contrapuestas en ambas partes, de modo tal que cada una es deudora y acreedora de la otra. Las obligaciones son para la entidad proveedora de servicios públicos, la prestación del servicio, y para la otra, el usuario, el pago del mismo⁴⁵¹. Por ser un contrato bilateral, le confiere las siguientes facultades a las partes: la excepción de contrato no cumplido y la resolución por inejecución, claro que muy reguladas por la intervención del Estado en este contrato, como nos lo muestran los artículos 128 inciso 3.^o y 136 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

449 Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 8 de febrero 2006, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-075-06.htm>].

450 Artículo 1496 del Código Civil.

451 Artículo 128 de la Ley 142 de 1994, cit.

El párrafo anterior se entiende por la importancia que tiene para el Estado la correcta prestación de los servicios públicos en todo el territorio, de acuerdo al mandato constitucional, que por eso hace que el régimen de este contrato sea de derecho predominantemente público. Una de las facultades más fuertes que tiene la empresa es la de resolver el contrato de servicios públicos en caso de incumplimiento, eso sí, cumpliendo con el debido proceso y decimos que una facultad muy fuerte, ya que no requiere para realizarlo declaratoria judicial⁴⁵². La Corte Constitucional determinó que:

Los enunciados normativos demandados establecen entonces la figura de la resolución del contrato de servicios públicos, que tiene elementos propios y difiere en alguna medida de lo regulado en el Código Civil. *Se trata en primer lugar de una resolución que no requiere declaratoria judicial*, pues las disposiciones demandadas le confieren esta atribución directamente a la empresa de servicios públicos domiciliarios –en este caso el acreedor insatisfecho– la cual podrá tener por resuelto el contrato, al tenor del inciso primero o directamente resolverlo al tenor del inciso segundo. Sin embargo, la decisión de la empresa sólo puede ser adoptada respetando el debido proceso del usuario y/o suscriptor, tal como señaló esta Corporación en la Sentencia C-389 de 2002, y adicionalmente puede ser demandada ante la jurisdicción competente.

Se trata adicionalmente de una permisión que configura una facultad en cabeza de la empresa prestadora, es decir, ésta no tiene la obligación de tener por resuelto el contrato en caso de incumplimiento por parte del usuario y/o suscriptor sino que queda a su discreción exigir el cumplimiento o tener por resuelto el contrato. Adicionalmente las causales para que proceda la resolución son las señaladas en el artículo 141 o las pactadas en el contrato de prestación de servicios.

Como el contrato de condiciones uniformes es un contrato de tracto sucesivo, su resolución no tiene efectos retroactivos, sino que obra sólo hacia el futuro, o sea que pone término a sus efectos futuros, pero deja en pie los efectos ya producidos⁴⁵³. (Resaltado fuera de texto).

452 Artículo 141, *ibíd.*: “Incumplimiento, terminación y corte del servicio. El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato. // Se presume que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años, es materia que afecta gravemente a la empresa, que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio”.

453 Corte Constitucional. Sentencia C-924 de 7 de noviembre de 2007, M. P.: HUMBERTO SIERRA

2. Contrato oneroso

Los contratos pueden ser gratuitos u onerosos. Un contrato es gratuito cuando tiene por objeto la utilidad de una de las partes y oneroso, cuando tiene la utilidad de ambos contratantes⁴⁵⁴. Son contratos gratuitos: la donación, el comodato, el mutuo sin interés y el depósito no remunerado, etc. Son contratos onerosos: la compraventa, el arrendamiento, la permuta, el mutuo con interés, etc. La clasificación en contratos gratuitos y onerosos corresponde a un criterio económico, por tanto claramente diferenciable de la unilateralidad y bilateralidad⁴⁵⁵. Un contrato es unilateral o bilateral si una o ambas partes resultan obligadas al momento del nacimiento del contrato y es gratuito u oneroso si es útil para uno solo de los contratantes o para ambos.

Es habitual que los contratos bilaterales sean, al mismo tiempo, onerosos y que los contratos unilaterales sean gratuitos, pero no porque esto ocurra con frecuencia significa que los contratos bilaterales sean siempre onerosos o que los unilaterales sean siempre gratuitos. Lo común es que lo anterior suceda, pero podemos encontrar bastantes ejemplos en los cuales existen contratos unilaterales onerosos y contratos bilaterales gratuitos, como son: Unilateral-oneroso: préstamo en dinero con intereses, y el depósito cuando se faculta al depositario a usar la cosa, entre otros; y Bilateral-gratuito: mandato no remunerado, estipulación a favor de un tercero, fiducia cuando el beneficiario es un tercero, entre otras.

PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-924-07.htm>].

454 Artículo 1497 del Código Civil.

455 En ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, cit., p. 347, sostiene que la bilateralidad y onerosidad son sinónimos (y que por tanto carece de justificación la existencia de una de ellas). Dice el autor: "... si se dice que el contrato bilateral las partes 'se obligan recíprocamente' (forma negativa), se está afirmando que la obligación de la una consiste precisamente en una prestación a favor de la otra; esto es, que ambas partes se obligan recíprocamente. Y si se afirma que el contrato oneroso 'tiene por objeto la utilidad de ambas partes' (forma positiva), necesariamente se está diciendo que la utilidad de una parte proviene de la prestación a cargo de la otra; esto es, que ambas partes se obligan recíprocamente, pues jamás podría existir la utilidad de ambas partes sin gravarse entre sí".

En nuestro caso particular, el contrato de servicios públicos, se observa, de acuerdo con la definición que nos trae la ley como con el marco constitucional mismo⁴⁵⁶, que una de las características más importantes de los servicios públicos domiciliarios es que el contrato de servicios públicos es por su esencia oneroso⁴⁵⁷. La Corte Constitucional así lo ha entendido desde sus primeros pronunciamientos respecto del tema:

Se ha abandonado el criterio de gratuidad en los servicios públicos domiciliarios: a partir de la Carta Constitucional de 1991, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad⁴⁵⁸.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 128 de la Ley de Servicios Públicos determina que se prestan los servicios públicos a un usuario “a cambio de un *precio en dinero*” (cursiva fuera de texto). Ese precio en dinero, que de acuerdo a la Constitución Política se denomina tarifa, debe tener en cuenta, “además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de los ingresos”⁴⁵⁹.

3. Contratos reales, consensuales y solemnes

Los contratos pueden ser reales, consensuales y solemnes. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia

456 Artículo 367: “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el *régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos* [...] La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”. // Artículo 368: “La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos *puedan pagar las tarifas* de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

457 Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 1997, cit.; en ese mismo sentido: Sentencia C-075 de 2006, cit.; y C-924 de 2007, cit.

458 Corte Constitucional. Sentencia C-580 del 5 de noviembre de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-580-92.htm>].

459 Artículo 367 de la Constitución Política.

de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento⁴⁶⁰.

El contrato es real cuando para su formación se exige la entrega de la cosa sobre la que versa el acto jurídico. Con la entrega nace el contrato. Ejemplos: comodato, depósito, mutuo y prenda. El contrato es solemne cuando es requisito cumplir con una formalidad objetiva, exigida por el legislador en atención de la naturaleza del acto (que el contrato sea escrito, necesite de escritura pública, insinuación judicial o registro civil). Ejemplos: escritura pública para contratos de compraventa de bienes inmuebles, promesa civil de celebrar contrato, matrimonio. El contrato es consensual cuando para su formación basta el consentimiento de las partes, esto significa que no requiere la entrega de la cosa ni el cumplimiento de formalidades dadas por la ley. Ejemplos: compraventa de bienes muebles, arrendamiento, mandato, etc.

El contrato de servicios públicos es un contrato consensual, esto significa que no requiere la entrega de la cosa, ni el cumplimiento de una formalidad objetiva. Esta característica se desprende de varios artículos de la Ley 142 de 1994, por ejemplo, del artículo 128 que dice: “*contrato de servicios públicos. Es un contrato [...] consensual...*” (cursiva fuera de texto). Así como del artículo 129 de la ley, el cual determina que existe contrato de servicios públicos desde que quien utiliza un inmueble solicita a una entidad proveedora de servicios públicos la prestación de cualquiera de los servicios públicos domiciliarios. La Corte Constitucional lo determinó así:

La ley no somete a este negocio jurídico a ningún tipo de solemnidad para que surja a la vida jurídica, razón por la cual se ha entendido que es consensual y se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes. Esta característica se deduce del artículo 129 de la Ley 142 de 1994, el cual señala que: “existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa⁴⁶¹.”

460 Artículo 1500 del Código Civil.

461 Corte Constitucional. Sentencia C-924 de 2007, cit.

Claro que lo que se observa es que existe contrato desde que la entidad entra a prestar el servicio público o desde que lo esté prestando, sin que haya mediado solicitud alguna por la persona que habite el inmueble. Podría entenderse que la relación entre el usuario o el consumidor con la entidad proveedora de servicios públicos se presume, de acuerdo con la definición que trae el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, el cual dice que es usuario la persona que se beneficia con la prestación de un servicio público. Tanto así que se entiende que opera la cesión de pleno derecho del contrato de servicios públicos cuando se enajenan bienes raíces urbanos, salvo estipulación en contrario⁴⁶².

4. Contratos libremente discutidos o de adhesión

Las anteriores características del contrato de servicios públicos vienen de las clasificaciones que trae el Código Civil en sus artículos 1496 y siguientes. No las trajimos todas a colación, sino únicamente aquellas que nos parecieron importantes para determinar los elementos estructurales de este contrato especial. Esta característica del contrato de servicios públicos de ser un contrato de adhesión, es traída de una clasificación doctrinaria, no legal, de los contratos, y que la hace depender de la libertad para discutir o no las cláusulas contractuales⁴⁶³. De acuerdo con esta clasificación los contratos pueden ser libremente discutidos o por adhesión.

El contrato libremente discutido es aquel en el que las partes han deliberado sobre las cláusulas del contrato (las partes discuten en pie de igualdad y libertad el contrato, limitándose únicamente por el orden público y las buenas costumbres). El contrato de adhesión es aquel en que las cláusulas son redactadas por una sola de las partes (la parte fuerte técnica o económicamente), no hay libre discusión de las partes y no existe intercambio de opiniones, existe un desequilibrio del poder negociador de los contratantes⁴⁶⁴.

462 Inciso 2.º del artículo 129.

463 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De los contratos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, s. f., p. 39.

464 LÓPEZ SANTAMARÍA. *Los contratos*, cit., p. 108.

El contrato de servicios públicos, a pesar que la ley no lo dice expresamente, es en la mayoría de los casos un contrato de adhesión: se da porque la entidad que presta el servicio público le impone al suscriptor o al usuario todas las cláusulas de este contrato, el único papel que asume la otra parte es el de aceptar o no esas condiciones contractuales. Decimos que el contrato de servicios públicos es de adhesión por regla general, ya que este contrato se puede modificar dependiendo de a quién se vaya a proveer del servicio⁴⁶⁵, por esta circunstancia pueden tener condiciones diferentes dependiendo del tipo de usuario. Estas negociaciones las realiza la entidad para grandes usuarios que compran en bloque, grandes cantidades o por adelantado el servicio público a proveer y les otorga concesiones especiales que, en una economía de escala, hacen el negocio benéfico para ambas partes.

5. Contrato de condiciones uniformes⁴⁶⁶

Este contrato nace por la necesidad de las empresas de imponer a una gran cantidad de consumidores un contrato realizado sobre la base de un modelo elaborado y redactado por ellas, quedando el cliente con la única posibilidad de tomarlo o rechazarlo. Esta necesidad se da por la producción en serie de bienes y servicios destinados a una gran masa de consumidores que no le permitiría a la empresa negociar en cada caso todas las cláusulas contractuales⁴⁶⁷, ya que esto le traería como consecuencia mayores costos en su actividad empresarial así como un gran desgaste realizando negociaciones con cada uno de sus clientes. Se denominan condiciones generales o uniformes por cuanto tienen una forma general y abstracta para una gran posibilidad de futuros contratantes indeterminados y la empresa no celebra los contratos en mención si no es dentro de esos lineamientos.

El empresario redacta de manera unilateral las cláusulas, sin ninguna posibilidad para el consumidor o usuario de discutir el contenido del contrato, por la circunstancia de ser la empresa la parte fuer-

465 Inciso 2.º del artículo 128.

466 Para nuestro estudio, vamos a utilizar indistintamente las siguientes acepciones: condiciones uniformes de los contratos, condiciones generales de los contratos o contratos *standard*.

467 BIGLIAZZI GERI *et ál. Derecho civil*, cit., p. 614.

te dentro del contrato y los posibles contratantes se vean forzados a aceptarlas, si desean adquirir el bien o el servicio⁴⁶⁸. Las condiciones generales de los contratos son entendidas como un caso⁴⁶⁹ o una modalidad del contrato de adhesión⁴⁷⁰, no como la misma cosa, sino como un complemento o una categoría de los mismos, lo que significa que no siempre van de la mano.

Si las condiciones generales de los contratos se imponen, como por lo general ocurre, estaremos en presencia de un contrato de adhesión, pero si la parte fuerte, la empresa, redacta condiciones especiales para uno u otro consumidor y no existe posibilidad de negociar por la contraparte, podríamos estar ante un contrato de adhesión, mas no ante un contrato de condiciones uniformes. Las condiciones particulares se oponen a las generales ya que no rigen para una cantidad de personas indeterminadas sino que se refieren tan solo a las partes individualmente consideradas.

Como consecuencia de esta contratación impuesta por una empresa, sumado a la no posibilidad por parte de los usuarios para negociar, reduciéndose en muchos casos solo a aceptar en bloque el contenido del contrato, el Estado lo interviene para evitar que se presenten abusos por las respectivas empresas. La forma más común de tutela del Estado en estos contratos se da a través de la intervención en tarifas, sometiénolas a precios máximos o regulándolas, participando en la elaboración de los contratos uniformes o sometiendo las cláusulas contractuales a revisión por un ente estatal o prohibiendo la inclusión de ciertas cláusulas en el contrato.

El contrato de servicios públicos es un contrato de condiciones uniformes, como podemos observar del artículo 128 de la Ley 142 de 1994, lo que significa que por regla general, se celebra este negocio jurídico con los usuarios a través de un contrato elaborado por la parte técnica y económicamente más fuerte, la entidad proveedora de servicios públicos⁴⁷¹. Esto no significa que el usuario en ningún caso pueda negociar algunas cláusulas con la entidad –y lo que se estipula parti-

468 ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, cit., pp. 319 y ss.

469 CHRISTIAN LARROUMET. *Teoría general del contrato*, Bogotá, Temis, 1999, p. 265.

470 ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, cit., p. 319.

471 Hablamos de entidad proveedora de servicios públicos por que no solo son las empresas de servicios públicos domiciliarios las que prestan el servicio.

cularmente se debe entender que hace parte del mismo— también con las condiciones uniformes⁴⁷², claro que en caso de contradicción entre una y otra deberán prevalecer, como es obvio, la cláusulas especiales incluidas por las partes del contrato⁴⁷³.

En caso de realizarse acuerdos especiales de las entidades con los usuarios o consumidores, modificándose las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos, puede llegarse a variar a tal punto el contrato que no nos encontremos ya con uno de condiciones uniformes elaborado por la empresa, sino con uno de servicios públicos especialmente diseñado para un usuario específico. Cuando ocurre esta circunstancia, ya no estaremos en presencia de un contrato de condiciones uniformes, sino ante uno libremente discutido por las partes, sin significar lo anterior que no nos encontremos con un contrato de servicios públicos.

Estaremos en presencia de un contrato de servicios públicos así se estipulen cláusulas especiales para uno o algunos usuarios, no estaremos ante un contrato de condiciones uniformes, pero como lo habíamos dicho en párrafos anteriores, este contrato es por regla general uniforme, sin que ello implique que siempre deba serlo. Por ser el contrato de servicios públicos un contrato de condiciones uniformes, el Estado lo interviene para proteger a la parte más débil dentro del mismo, al usuario, por lo que para proteger a éste, establece una serie de normas que le permiten al usuario defenderse en caso de abusos por parte de los prestadores.

El artículo 131 de la Ley 142 le impone a las entidades dos deberes importantes: el primero de ellos es el de informar en el territorio donde prestan servicios públicos, con gran amplitud, las condiciones uniformes de los contratos; y el segundo es el de disponer siempre de copias de las condiciones uniformes de los contratos. En caso de celebrar un contrato sin darle copia al usuario que lo solicite, este contrato adolecerá de nulidad relativa, si no es saneada, podrá solicitarse la nulidad del contrato en sede de la justicia contencioso administrativa.

Otra forma de proteger a los usuarios de los posibles abusos de esas entidades es a través de la prohibición de incorporar en el contrato de servicios públicos ciertas cláusulas de las que se presume implican

472 Inciso 2.º del artículo 128 de la Ley 142 de 1994, cit.

473 Artículo 132, *ibíd.*

abuso de la posición dominante, las que en caso de incorporarse, se pueden demandar ante el juez para que las anule, por ejemplo, las de permanencia⁴⁷⁴.

D. Partes del contrato de servicios públicos

1. Entidad proveedora de servicios públicos

La parte fuerte de la relación negocial son las entidades proveedoras de servicios públicos, éstas son todas aquellas que presten servicios públicos domiciliarios, entre las cuales encontramos las empresas de servicios públicos, los municipios, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de pequeños municipios, los operadores marginales, etc.⁴⁷⁵.

2. El suscriptor o el usuario

Es parte del contrato el suscriptor o el usuario. Se habla de suscriptor para hacer referencia a la persona que celebró el contrato, se denomina usuario a la persona que no suscribe el contrato pero se beneficia de la prestación del servicio público⁴⁷⁶. Por tanto, cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice en forma permanente un inmueble tendrá derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios⁴⁷⁷. Cuando la persona es receptor directo del servicio, este usuario se denomina consumidor.

Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

La condición de usuario comporta una situación material u objetiva, en la medida en que es el beneficiario del suministro de las prestaciones propias del servicio a cargo de la empresa respectiva. Poco interesa, por consiguiente, que dicho usuario sea el titular del dominio del inmueble donde se presta el servicio, o que el beneficiario, receptor directo o consumidor del mismo sea una persona con quien éste tenga trabada una relación jurídica, o un tercero que a cualquier otro título ocupe dicho inmueble, sin vínculo de dependencia con el propietario⁴⁷⁸.

474 Artículo 133, *ibíd.*

475 Artículo 15, *ibíd.*

476 Artículo 130, *ibíd.*

477 Artículo 134, *ibíd.*

478 Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 31 de mayo de 2000, M. P.: ANTONIO

Se discutía si la persona que es propietaria y no era consumidora era usuario, la Corte determinó que la definición de usuario era legal (art. 14.33 Ley 142 de 1994)⁴⁷⁹ y que por tanto, se incluía al propietario por cuanto este era un beneficiario directo de los servicios públicos domiciliarios que se prestaran en su propiedad⁴⁸⁰. Agrega el artículo

BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-636-00.htm>].

479 Artículo 14.33 Ley 142 de 1994, cit.: “Usuario. Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor”.

480 Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 27 de agosto 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-690-02.htm>]. “Tal argumento es desvirtuado al analizar la normativa superior, pues es claro que el Constituyente no elaboró una definición del término usuario, pero en cambio le otorgó tal potestad al legislador, quien a través de la ley 142 de 1994 y de la aquí demandada le dio un sentido distinto al que le otorga el demandante. Así, la Ley 142 asumió algunas definiciones entre las cuales cabe destacar las contenidas en los artículos 14, 31 y 33, según los cuales, el usuario es la ‘persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio’. Además agrega que, a ‘este último usuario se le denomina también consumidor’. Los textos normativos muestran entonces que la palabra “usuario” no excluye ninguna de las categorías mencionadas y, por tanto, también deberán responder solidariamente por las deudas en el contrato de prestación de servicios públicos. // La razón para que el legislador adoptara tal determinación se deduce de la misma ley, pues quien reciba el servicio es parte en el contrato. Es forzoso entonces concluir que tanto el propietario como el poseedor y el suscriptor del servicio se benefician directamente de los servicios públicos. Tal beneficio no consiste sólo en el consumo, también en la posibilidad de contar con un inmueble habitable y susceptible de ser objeto de diversos negocios jurídicos. Por lo anterior, la disposición acusada está justificada y es razonable, pues no es arbitrario vincular al propietario, al poseedor, al suscriptor o al usuario en la satisfacción de las obligaciones de este tipo de contratos, pues cualquiera de ellos resulta beneficiado con la prestación del mismo en diferentes formas. Además, la naturaleza domiciliaria de estos servicios implica que llegan al inmueble habitado por el interesado y su vinculación con el bien hace que sea legítimo que el legislador prescriba que cualquiera de estas categorías de personas no sólo deba integrar la relación como parte responsable de las obligaciones, sino que también pueda exigir que el servicio le sea prestado de manera eficiente. Por tanto, no resulta arbitrario ni contrario a la Constitución que el legislador regule de esta manera la solidaridad en el contrato de prestación de servicios públicos, pues aunque podría existir una normativa distinta, la presente no desborda la facultad que le confirió el constituyente [...] 7.- Concluye entonces esta Corte, que los propietarios, poseedores y suscriptores también son usuarios de los servicios públicos domiciliarios y que eliminar esta disposición afectaría negativamente las condiciones de operación de las empresas por sustraer a algunas personas del cumplimiento de sus obligaciones como consumidores o usuarios del servicio. Por tanto, el aparte acusado habrá de declararse exequible”.

130 una regla de solidaridad de las obligaciones y derechos de los contratos de servicios públicos para las siguientes personas: el propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios de los servicios públicos. Creemos sana esta fórmula para que las entidades que se encuentren prestando los servicios públicos aseguren el pago de los mismos, así sea a través del inmueble al cual se le está prestando el servicio.

Se quería desvincular de la solidaridad a los propietarios que no fueran usuarios, pero como lo advertimos antes, en el concepto de usuario se incluía el de propietario y fue por esto que la Corte Constitucional declaró exequible el inciso 2.º del artículo 130 de la Ley 142 de 1994⁴⁸¹.

481 Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 1997, cit. "El demandante le otorga al vocablo 'usuarios' un significado bastante preciso que, en su sentir, tan sólo cobija a las personas que en forma directa reciben los servicios, es decir, que son consumidores de los mismos y pretende que ese entendimiento es el prohiado por el Constituyente o el único que se desprende de las previsiones constitucionales y que a él ha debido atenerse el legislador al regular la solidaridad en las obligaciones derivadas del contrato de servicios públicos que, en su criterio, no tenía por qué extenderse al propietario del inmueble que no sea consumidor directo de los servicios. // En contra de la apreciación del demandante, observa la Corte que aún cuando la Constitución Política se refiere a los 'usuarios' de los servicios públicos domiciliarios, no le confiere a la expresión un específico sentido a partir del cual deba ser entendida o interpretada y, por lo mismo, es evidente que le corresponde al legislador al momento de regular, dentro de la órbita de sus competencias, el régimen de los servicios públicos y de definir las consiguientes responsabilidades, conferirle a esa palabra algún significado de entre los diversos posibles. // Justamente, el legislador plasmó en la ley 142 de 1994 algunas definiciones, siendo del caso destacar que el suscriptor es, "la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato en de condiciones uniformes de servicios públicos", y que el usuario es "la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio" y añade la ley que "A este último usuario se denomina también consumidor" (arts. 14.31 y 33). // Aparece, entonces, con nitidez, que el propietario es también usuario de los servicios públicos domiciliarios y que esa comprensión subyace al establecimiento de la solidaridad en las obligaciones surgidas con ocasión de un contrato del que, por disposición de la propia ley, son partes la empresa prestadora y los usuarios (art. 130 Ley 142 de 1994). // La Corte Constitucional se ha referido al usuario de los servicios públicos domiciliarios entendiendo por tal a la persona que los usa, 'es decir quien disfruta del uso de cierta cosa', y en verdad esta acepción tampoco pone la razón de parte del demandante, pues si bien no se discute que hay ocasiones en las que el propietario de un inmueble no es el consumidor directo de los servicios, ello no le quita su carácter de usuario, por cuanto aún en esas circunstancias el propietario reporta un conjunto de beneficios concretos de los cuales se vería privado si su bien no contara con las instalaciones y las redes que, al hacer posible la prestación, lo dotan de las condiciones mínimas que lo tornan habitable y apto para incorporarse al tráfico jurídico. // Razón le asiste al señor Procurador General de la Nación cuando apunta que para la obtención de un beneficio derivado de la prestación

La misma ley trae excepciones a la solidaridad que se dan en los siguientes casos: a. Cuando las comisiones de regulación señalen los casos en que el suscriptor podrá librarse, temporal o definitivamente, de sus obligaciones contractuales⁴⁸²; b. Cuando el suscriptor acredite ante la entidad proveedora de servicios que entre él y los usuarios reales existe una actuación de policía o un proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble, desde ese momento, el suscriptor no será parte del contrato⁴⁸³. C. Cuando la entidad proveedora de servicios públicos incumpla la obligación de suspender el servicio, pasados dos periodos consecutivos de facturación⁴⁸⁴.

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción coactiva, dependiendo de si la factura fue expedida por una entidad pública o por una privada⁴⁸⁵.

de los servicios públicos, el propietario no requiere ser el directo receptor, pues obtiene 'como mínimo una valorización del bien y en otros casos, mayores ingresos como ocurre al celebrar un contrato de arrendamiento pudiendo ofrecer a sus arrendatarios el goce y disfrute de condiciones de salubridad y comodidad, que de otra forma harían inhabitable el inmueble'. // Dos consideraciones adicionales se encuentran vinculadas con los anteriores argumentos. La primera de ellas tiene que ver con la justificación de la previsión legal que hace al propietario solidario en el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato de servicios públicos, pues en la medida en que la prestación de los mismos reporta en su favor beneficios tangibles la disposición no sólo está justificada sino que es también razonable y, por ende, ajustada a la Carta. En este orden de ideas, puede pensarse, entonces, que, dados esos beneficios, lo arbitrario no es vincular al propietario a la satisfacción de las obligaciones pertinentes sino liberarlo de todas ellas. // La segunda consideración se refiere a la naturaleza "domiciliaria" de los servicios públicos que se comentan. Lo domiciliario es, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo 'perteneciente al domicilio' o lo que 'se ejecuta y se cumple en el domicilio del interesado', acepciones estas que sin perjuicio de la finalidad de los servicios públicos domiciliarios que es la satisfacción concreta de necesidades personales, sugieren una vinculación de los mentados servicios con el inmueble, aspecto que contribuye a explicar por qué el propietario puede ser llamado a responder aún cuando no sea consumidor directo y por qué existe también una solidaridad en los derechos, por cuya virtud los consumidores directos, así no sean propietarios, están habilitados para exigir que el servicio les sea prestado eficientemente o que la empresa prestadora repare un daño que se haya presentado.

482 Inciso 3.º del artículo 120.

483 Ídem.

484 Parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994.

485 Inciso 3.º del artículo 130.

E. Cláusulas no válidas

La ley de los servicios públicos trae un listado de cláusulas en las cuales se presume que existe abuso de la posición dominante de las entidades proveedoras de servicios, y que por tanto, las puede declarar nulas el juez del contrato, este es el contencioso administrativo.

La ley presume abuso de la posición dominante en el caso de las siguientes cláusulas: 1. Las que limitan la responsabilidad de la empresa o le otorgan privilegios. Por ejemplo, a tenor de los artículos:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa [...] 133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos [...] 133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta; 133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa [...] 133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario.

2. Las que limitan los derechos del usuario: confrontar por ejemplo artículos:

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito; 133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario; 133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite; 133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio

público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto; 133.6: Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato.

3. Las procesales: confrontar por ejemplo artículos

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance [...] 133.14 Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario [...] 133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa⁴⁸⁶.

La presunción de posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en conjunto el contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa, cuando la comisión autorizó a la entidad a contratar incluyendo una de las cláusulas de las que se presume que existe abuso de la posición dominante⁴⁸⁷. Cuando se anula una o varias cláusulas dentro del contrato por ser de aquellas en las cuales se abusa de la posición dominante, todas las demás cláusulas que no fueron objeto de la sanción conservarán su plena validez.

486 EFRAÍN GÓMEZ CARDONA. "Las empresas mixtas de servicios públicos", inédito, p. 378.

487 Artículo 133.

CONSIDERACIONES FINALES

En la preparación de esta segunda edición nos llamó la atención el enfoque administrativista, normativo y jurisprudencial que ha tenido el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. Nos referimos, como enfoque administrativista, al terreno que cada día gana el derecho público, en una actividad que comenzó con una visión eminentemente desde el derecho privado.

Esto podría obedecer a varias razones. Por ejemplo, a la concepción política que desarrolla el concepto social del Estado, aumentando su intervención en los servicios públicos como un mecanismo de equidad social, a través de la prestación directa de los mismos. También, puede sustentarse el enfoque publicista del nuevo derecho de los servicios públicos domiciliarios como un instrumento más eficaz para defender los derechos de los ciudadanos, de los usuarios.

Sin entrar a evaluar el nuevo enfoque señalado, sí se puede advertir una serie de dificultades presentes y posiblemente futuras que surgen de la dicotomía de la aplicación del derecho privado y el derecho público, cuando ellos regulan un mismo aspecto como lo es la contratación de los servicios públicos.

No se pueden negar los esfuerzos que se han hecho por clarificar el derecho aplicable a los contratos, pues la jurisprudencia ha intentado unificar el tema, a pesar de diferencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Sin embargo, y aunque sabemos con mediana claridad que los contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios son de derecho privado, poco a poco ha venido ganando terreno la aplicación de principios y figuras del derecho público cuando el Estado tiene participación en la empresa prestadora.

En los inicios de la contratación estatal en Colombia, los decretos que regulaban el tema de los contratos administrativos (dctos. 1670 de 1965 y 150 de 1966), dejaban ver con claridad que buscaban dis-

tinguir entre los contratos de derecho administrativo y de derecho privado, esto traído del derecho administrativo francés. La razón de ser de la existencia de un derecho especial, el administrativo, para la realización de contratos que tuvieran que ver con el Estado se daba por la necesidad de otorgarle a la Administración herramientas a través de las cuales pudiera cumplir sus fines.

La Administración por ese motivo, podía utilizar la caducidad, que fue su primera facultad exorbitante (ya se veía este tipo de facultad excepcional en el antiguo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 24 de diciembre de 1941⁴⁸⁸), pero no se utilizaba para todos los contratos, sino solo cuando ese contrato se inmiscuía en temas que tuvieran que ver con el interés público, nunca cuando la Administración actuaba como un particular, ya que en estos casos aplicaba plenamente el derecho privado.

Entonces, la Administración empezó a distinguir entre dos clases de contratos que celebraba: contratos administrativos con la cláusula de caducidad y contratos de derecho privado por medio de los cuales actuaba como cualquier particular. La jurisdicción propia de cada tipo de contrato la determinaba el tipo de derecho aplicable: entonces, si era derecho privado, la jurisdicción era ordinaria, si era de derecho público, era la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con la expedición del Decreto Ley 222 de 1983 se creó otro tipo de contrato que podía realizar la Administración: *el contrato de derecho privado con cláusula de caducidad*. Este decreto trajo una gran confusión dentro de la doctrina y la jurisprudencia por una simple pregunta: si la caducidad es una facultad propia del derecho administrativo para proteger a la Administración, ¿cómo va a existir un contrato privado con ese tipo de cláusula? Entonces se determinó que este tipo de contratos no era para nada uno de derecho privado sino que por el contrario, al incorporar cláusulas excepcionales estaríamos frente a un contrato administrativo, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

Esto se cambió con la expedición de la Ley 80 de 1993 en la cual se habla de una sola categoría de contratos: los estatales. Ya con esta ley no existen contratos de derecho privado o de derecho público, sino que

488 *Diario Oficial*, n.º 24.853, de 7 de enero de 1942, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1793577>].

todos los contratos que celebren las entidades que enumera esta ley serán estatales. Determinándose que la jurisdicción será la contencioso administrativa. Con la expedición de la Ley 142 de 1994 empezó a presentarse la confusión acerca del derecho aplicable y la jurisdicción a la cual debían ir los conflictos que se suscitarán por ello. Si bien la norma estableció como régimen de los contratos el derecho privado, al mismo tiempo estableció unas excepciones en las cuales se aplican normas propias del derecho público, como por ejemplo: la utilización de contratos privados con cláusulas exorbitantes (art. 31 Ley 142 de 1994); la obligación de utilizar en algunos casos la licitación pública como mecanismo para escoger al contratista (art. 35); los contratos de concesión que se deben realizar que son figuras negociales propias del derecho público (arts. 39.1 y 40), el contrato de servicios públicos (art. 128; Auto SU-701).

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 –ratificando el espíritu normativo de que principios del derecho público apliquen en contratos de derecho privado–, señaló que si existe régimen especial para la celebración de contratos, éstos deberán celebrarse aplicando los principios de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

La confusión es evidente. Y por ello, en la actualidad se carece de certeza para saber qué derecho aplicar, si público o privado, ni en cómo demandar, ante la jurisdicción contenciosa o sea en la ordinaria. Con todo lo que implica, en últimas, la ausencia de seguridad jurídica. Como aporte a la discusión, deberíamos darle un tratamiento más práctico al ámbito de aplicación de las normas. En ese orden de ideas, para un desarrollo más claro en el ámbito de los servicios públicos, se propone que el punto de partida sea la determinación de la naturaleza de una empresa de servicios públicos. Hoy que ocurre: Los contratos de las empresas estatales que prestan servicios públicos, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, debe someterse al derecho privado, pero por la Ley 1150 de 2007 deberá someterse también a los principios de la función Administrativa y la gestión fiscal convirtiéndolo, por la puerta de atrás, en un contrato estatal, incluso si la participación del Estado es minoritaria. Esta confusa realidad normativa solo puede superarse con una nueva ley que, de manera clara y práctica, tenga como factor determinante la naturaleza jurídica de la empresa para establecer el régimen jurídico de la contratación.

Como se puede observar en el texto de la presente edición, hemos hecho un análisis objetivo de la realidad jurídica de los contratos de servicios públicos sin consideraciones frente a la concepción ideológica que ha motivado el nuevo enfoque legislativo y jurisprudencial.

Los servicios públicos domiciliarios son la base del desarrollo social y económico de un país. Por ello, su adecuada prestación, su calidad, su cobertura y su continuidad, no deben ser objeto de discusiones filosóficas y políticas etéreas. No importa quién presta el servicio, el Estado o un privado, lo importante es que lo preste bien. Para el buen futuro de los servicios públicos cabe la reflexión de DENG XIAOPING “Qué importa que el gato sea blanco o negro, con tal de que cace ratones”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *De los contratos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, s. f.
- ARIAS JIMÉNEZ, ENRIQUE. “Privatización en América Latina”, en ÍD. *et al. La privatización como alternativa de privatización para el sector público Colombiano*, Bogotá, Externado, 1993.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. “Control fiscal”, en *Régimen de las entidades territoriales*, Bogotá, Externado, 2000.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Medellín, Dike, 1998.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Externado, 2006.
- BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Señal Editora, 2000.
- BIGLIAZZI, LINA *et ál. Derecho civil*, t. 1, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Externado, 1992.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, t. 1, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992.

BORRAJO INESTA, IGNACIO. *El intento de huir del derecho administrativo*, Madrid, Edit. Civitas, 1993.

CASTRO CIFUENTES, MARCELA (comp.), *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Temis, 2009.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA –DANE–. “Estratificación socioeconómica- Metodología”, disponible en [<http://www.dane.gov.co/index.php/116-espanol/informacion-georeferenciada/2419-estratificacion-socioeconomica-metodologia>].

DE FORGES, JEAN MICHEL. *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires du France, 1991.

DEL SAZ, SILVIA. “Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, Madrid, Edit. Civitas, 1992.

DELVOLVÉ, PIERRE. *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998.

DROMI, JOSÉ ROBERTO. *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUGUIT, LEÓN. *Les transformations du droit public*, JOSÉ G. ACUÑA (trad.), Madrid, Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán, 1913.

DUGUIT, LEÓN. *Manual de derecho constitucional*, 2.^a ed. española, Madrid, Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán, 1926.

DUGUIT, LEÓN. *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.

ESCOBAR SANÍN, GABRIEL. *Negocios civiles y comerciales* t. I, Negocios de sustitución, Bogotá, Externado, 1987.

ESCOBAR SANÍN, GABRIEL. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, Medellín, Edit. Dike, 1994.

Bibliografía

- FORSTHOFF, ERNST. "Problemas constitucionales del Estado social", en WOLFGANG ABENDDROTH, ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GÓMEZ CARDONA, EFRAÍN. "Las empresas mixtas de servicios públicos", inédito.
- GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR. *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Edit. Temis, 1996.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *El derecho administrativo privado*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1996.
- JÈZE, GASTON. *Les principes généraux du droit administratif*, 3.^a ed., Paris, 1930.
- JÈZE, GASTON. *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1933.
- HAURIOU, MAURICE. *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e Edition, Paris, Sirey, 1927.
- HESSE, MARTHA O. "Regulación del sector eléctrico: objetivos y principios", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 4, 1991, pp. 221 a 230.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. "De la representación", inédito, 1993.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Externado, 1986.
- HINESTROSA REY, MARTA. "La formación del contrato" (tesis de grado), Bogotá, Externado, 1988.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, PEDRO ANTONIO. *Anulación de los actos administrativos*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996.

- LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría general del contrato*, Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- LONG, MARCEAU; PROSPER WEIL, GUY GRAIBANT, PIERRE DELVOLVÉ y BRUNO GENEVOIS, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones del derecho procesal civil*, t. I, Parte general, Bogotá, Dupre Editores, 2005.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE. *Los contratos. Parte general*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1986.
- LOW MURTRA, ENRIQUE y JORGE GÓMEZ RICARDO. *Teoría fiscal*, Bogotá, Externado, 1997.
- MARIENHOHOFF, MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1982-1988.
- MARÍN CORTÉS, FABIÁN G. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, Bogotá, Temis, 2010.
- MOLINA TORRES, JOSÉ ANTONIO. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Externado, 2002.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2010.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, segundo semestre, 2009, pp. 164 a 190.

Bibliografía

- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. “La protección al usuario de servicios públicos. Un nuevo reto del derecho administrativo”, en *1 Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Externado, 2001.
- MORENO PÁJARO, NICOLÁS. *Derecho de la Obligaciones.*, t. I. comp. CASTRO MARCELA Bogotá, Edit. Temis, 2009.
- ORTEGA RUÍZ, LUIS GERMÁN y CORINA DUQUE AYALA. “La constitutionnalité des politiques du gouvernement relatif au renouvellement de l’administration publique et le ‘social maintien’”, en *Revista Virtual Via Inveniendi et iudicandi*, disponible en [<http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/download/2948/2817>].
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1994.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3.^a ed., Bogotá, Temis, 1994.
- PÁJARO MORENO, NICOLÁS. “El contrato y sus principios orientadores”, en *Derecho de las obligaciones*, t. I, MARCELA CASTRO CIFUENTES (comp.), Bogotá, Temis, 2009.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Ediciones Derecho Vigente, 1999.
- PAREJA, CARLOS H. *Curso de derecho administrativo teórico y práctico, adaptado especialmente a la Administración Pública colombiana*, Bogotá, Edit. Andes, 1940.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano*, 5.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- PINO RICCI, JORGE. “La contratación estatal”, en *Régimen de las entidades territoriales*, Bogotá, Externado, 2000.
- PINO RICCI, JORGE. “Régimen de la exorbitancia, las cláusulas obligatorias, multas y pena pecuniaria. Aspectos fundamentales de los

contratos de concesión para la explotación de monopolios, de obra, consultoría y prestación de servicios”, en *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Externado, 1996.

PINZÓN, GABINO. *Sociedades comerciales*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1997.

POVEDA GÓMEZ, ABDÓN ALEJANDRO. *Servicios públicos domiciliarios, la calidad de vida: un derecho fundamental de la persona*, 2.^a ed., Edit. Dike, 1995.

RICCI, JEAN-CLAUDE. *Mémento de la jurisprudence administrative*, Paris, Hachette, 1998.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME. *La privatización de la empresa pública privada*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1991.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bogotá, Externado, 1996.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Externado, 1998.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en especial los de energía eléctrica*, Bogotá, Externado, 1999.

SARRIA, EUSTORGIO. *Derecho administrativo*, Bogotá, colección Pequeño Foro, 1985.

SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINES-TROSA (trad.), Bogotá, Externado, 1991.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1985.

WEIL, PROSPER. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1989.

Bibliografía

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Bürgerliches Gesetzbuch –BGB– (Código Civil alemán), disponible en [<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>].

Código de Comercio, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

Código General del Proceso, Ley 1564 de 12 de julio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html].

Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Ley 2663 de 5 de agosto de 1950, *Diario Oficial*, n.º 27.407, de 9 de septiembre de 1950, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CONSEJO DE ESTADO:

1. *Conceptos*

Sala de Consulta y Servicio Civil. 24 de febrero de 1995, C. P.: HUMBERTO MORA OSEJO.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 925, de 3 de octubre de 1996, C. P.: ROBERTO SUÁREZ FRANCO.

Sala de Consulta y Servicio Civil. 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 1141 de 10 de septiembre de 1998, C. P.: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3542>].

Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 1260 de 24 de febrero de 2000, C. P.: CÉSAR HOYOS SALAZAR, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4478>].

2. Autos

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 11.653, de 25 de abril de 1996, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 20.822, de 13 de diciembre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 11.658, de 7 de junio de 1996, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sala Plena. Expediente S-701, de 23 de septiembre de 1997, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, disponible en [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920417361f034e0430a010151f034].

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 13.778, de 19 de febrero de 1998, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 13.860, de 7 de mayo de 1998, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 12.603, de 26 de marzo de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 14.000, de 6 de agosto de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Bibliografía

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 14.649, de 13 de agosto de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 15.073, de 22 de octubre de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 15.298, de 22 de octubre de 1998, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 15.620, de 21 de enero de 1999, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 15.319, de 18 de febrero de 1999, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 16.446, de 12 de agosto de 1999, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 16.722, de 29 de junio de 2000, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 16.661, de 8 febrero de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 19.009, de 22 de febrero de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 17.240, 20 septiembre de 2001, C. P. RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 18.383, de 4 de octubre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 20.822, de 13 de diciembre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 30.903, de 8 de febrero de 2007, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 34.745, 3 de diciembre de 2008, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

3. Sentencias

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 3.351, de 9 de diciembre de 1990, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 7.223, de 3 de marzo de 1994, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 9.288, de 21 de octubre de 1994, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 10.703, de 18 de julio de 1997, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 14.558, de 6 de agosto de 1998, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 20 agosto de 1998, Radicación n.º 14.202, M. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia ACU-615, de 10 de marzo de 1999, C. P.: FABIO AUGUSTO RODRÍGUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 10.264, de 13 de septiembre de 1999, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Bibliografía

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente 5.920, de 17 de agosto de 2000, C. P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2001-0034-01(20634), de 6 de junio de 2002.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-25-000-2001-0046-01.(21041), de 1.º de agosto 2002.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2003-00029-01(25155), de 30 de octubre de 2003.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación Número: 11001-03-26-000-2005-00017-00(29703), de 2 de marzo de 2006, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 33.644, de 27 de marzo de 2007, C. P.: MAURICIO FAJARDO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 33.645, de 27 de marzo de 2007, C. P.: RUTH STELLA CORREA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 33.643, de 21 de mayo de 2008, C. P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 20.049, de 5 de marzo de 2008, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación: 25000232600020050028001(37423), de 13 de abril de 2011, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de enero de 2011. C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, 22 de agosto de 2013. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Constitución Política de Colombia de 1886, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CORTE CONSTITUCIONAL:

Sentencia T-540 de 24 de septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-540-92.htm>].

Sentencia T-578 de 3 de noviembre de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>].

Sentencia C-580 del 5 de noviembre de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-580-92.htm>].

Sentencia T-472 de 22 de octubre de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-472-93.htm>].

Sentencia T-564 de 7 de diciembre de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-564-93.htm>].

Sentencia T-206 de 26 de abril de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-206-94.htm>].

Sentencia C-318 de 14 de julio de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6896>].

Bibliografía

Sentencia C-454 de 20 de octubre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-454-94.htm>].

Sentencia T-379 de 28 de agosto de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-379-95.htm>].

Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-250-96.htm>].

Sentencia C-263 del 13 de junio de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-263-96.htm>].

Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-280-96.htm>].

Sentencia C-286 del 27 de junio de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm>].

Sentencia C-563 de 24 de octubre de 1996, HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-563-96.htm>].

Sentencia C-599 de 6 de noviembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20034044>].

Sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-631-96.htm>].

Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-066-97.htm>].

Sentencia C-075 de 20 de febrero de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-075-97.htm>].

Sentencia C-284 de 5 de junio de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-284-97.htm>].

Sentencia C-493 de 2 de octubre de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-493-97.htm>].

Sentencia C-535 de 23 octubre de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>].

Sentencia C-647 de 3 de diciembre de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-647-97.htm>].

Sentencia C-198 de 13 de mayo de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-198-98.htm>].

Sentencia C-126 del 1.º de abril de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>].

Sentencia C-563 de 7 octubre de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONEL y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm>].

Bibliografía

Sentencia T-638 del 4 de noviembre de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-638-98.htm>].

Sentencia SU-166 de 17 de marzo de 1999, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/SU166-99.htm>].

Sentencia C-927 de 18 de noviembre de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-927-99.htm>].

Sentencia C-953 de 1.º de diciembre de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, SIERRA, disponible en [<http://www.english.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/C-953-99.htm>].

Sentencia C-636 de 31 de mayo de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-636-00.htm>].

Sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6717>].

Sentencia C-1191 de 13 de septiembre de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14656>].

Sentencia C-558 de 31 de mayo de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-558-01.htm>].

Sentencia C-616 de 13 de junio de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>].

Sentencia C-815 de 2 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>].

Sentencia T-1150 de 1.º de noviembre de 2001, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1150-01.htm>].

Sentencia C-290 de 23 de abril de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-290-02.htm>].

Sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-389-02.htm>].

Sentencia C-690 de 27 de agosto 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-690-02.htm>].

Sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8250>].

Sentencia C-035 de 30 de enero de 2003, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-035-03.htm>].

Sentencia C-150 de 25 de febrero 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>].

Sentencia C-384 de 13 de mayo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-384-03.htm>].

Bibliografía

Sentencia T-520 de 26 de junio de 2003, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-520-03.htm>].

Sentencia C-075 de 8 de febrero de 2006, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-075-06.htm>].

Sentencia C-353 de 9 de mayo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-353-06.htm>].

Sentencia C-992 de 29 de noviembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-992-06.htm>].

Sentencia C-137 de 28 de febrero de 2007, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-137-07.htm>].

Sentencia C-392 de 23 de mayo de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-392-07.htm>].

Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>].

Sentencia C-924 de 7 de noviembre de 2007, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-924-07.htm>].

Sentencia C-739 de 23 de julio 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-739-08.htm>].

Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34920>].

Sentencia C-338 de 4 de mayo de 2011, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-338-11.htm>].

Sentencia C-909 de 7 de noviembre de 2012, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-909-12.htm>].

Sentencia C-263 de 8 de mayo de 2013, M. P.: JORGE IVAN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-263-13.htm>].

Sentencia T-181 de 26 de marzo de 2014, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-181-14.htm>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Sala de Casación Civil. Sentencia 4473, de 8 marzo 8 de 1995, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, disponible en [<http://www.notinet.com.co/pedidos/csj-1995.doc>].

Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5716, de 4 de abril de 2001, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RÚGELES, disponible en [https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_civil_e_no_5716_de_2001.aspx#/].

Decreto 1050 de 5 de julio de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.552, de 17 de julio de 1968, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2565>].

Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.687, de 17 de enero de 1969, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2763>].

Bibliografía

Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.937, de 27 de enero de 1969, disponible en [http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-104219_archivo_pdf.pdf].

Decreto 1541 de 26 de julio de 1978, *Diario Oficial*, n.º 35.078, de 21 de agosto de 1978, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1250>].

Decreto 222 de 2 de febrero de 1983, *Diario Oficial*, n.º 36.189, de 6 de febrero de 1983, disponible en [http://www.creg.gov.co/html/Ncompila/htdocs/Documentos/Energia/docs/decreto_0222_1983.htm].

Decreto 111 de 15 de enero de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.692, de 18 de enero de 1996, disponible en [http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=qR902PFCBN7H7MRgovtFBUvt0mxKR-lo2iIHGFDFaieXMV72mX6q!-89808455?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6220602.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revisio n=latestreleased].

Decreto 266 de 22 de febrero de 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.906, de 22 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3281>].

Decreto 421 de 8 de marzo 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.932, de 13 de marzo de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4639>].

Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>].

Decreto Extraordinario 753 de 5 de abril de 1956, *Diario Oficial*, n.º 29.019, de 25 de abril de 1956, disponible en [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0753_1956.htm].

Fallo Juan Blanco, 24 de enero de 1872, resuelta por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, disponible en [<https://>].

es.scribd.com/doc/51258121/REPUBLICA-FRANCESA-fallo-blanco].

Ley 167 de 24 de diciembre de 1941, *Diario Oficial*, n.º 24.853, de 7 de enero de 1942, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1793577>].

Ley 388 de 18 de julio de 1987, *Diario Oficial*, n.º 43.091, de 18 de julio de 1997, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=339>].

Ley 9.ª de 11 de enero de 1989, *Diario Oficial*, n.º 38.650, de 11 de enero de 1989, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1175>].

Ley 42 de 26 de enero de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html].

Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.120, de 29 de noviembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=300>].

Ley 99 de 22 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.146, de 22 de diciembre de 1993, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html].

Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>].

Ley 142 de 11 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.superservicios.gov.co/content/download/4977/47233>].

Bibliografía

- Ley 143 de 11 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.434, de 11 de julio de 1994, disponible en [http://www.upme.gov.co/normatividad/upme/ley_143_1994.pdf].
- Ley 152 de 15 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.450, de 19 de julio de 1994, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=327>].
- Ley 170 de 15 de diciembre de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.637, de 16 de diciembre de 1994, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0170_1994.html].
- Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, *Diario Oficial*, n.º 42.156, de 20 de diciembre de 1995, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html].
- Ley 226 de 20 de diciembre de 1995, *Diario Oficial*, n.º 42.159, de 21 de diciembre de 1995, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=317>].
- Ley 286 de 3 de julio de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.824, de 5 de julio de 1996, disponible en [<http://www.epc.com.co/docs/Ley%20286%20de%201996.pdf>].
- Ley 388 de 18 de julio de 1997, *Diario Oficial*, n.º 43.091, de 24 de julio de 1997, (fe de erratas en el *Diario Oficial*, n.º 43.127, de 12 de septiembre de 1997) disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html].
- Ley 446 de 7 de julio de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.335, de 8 de julio de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>].
- Ley 472 de 5 de agosto de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=188>].

Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>].

Ley 617 de 6 de octubre de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.188, de 9 de octubre de 2000, disponible en [[http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_\(Racionalizacion_del_Gasto_Publico\).pdf](http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_(Racionalizacion_del_Gasto_Publico).pdf)].

Ley 632 de 29 de diciembre de 2000, “por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996”, *Diario Oficial*, n.º 44.275, de 29 de diciembre de 2000, disponible en [http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/2000/ley_0632_2000.pdf].

Ley 671 de 30 de julio de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.503, de 30 de julio de 2001, disponible en [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3684_documento.pdf].

Ley 689 de 28 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.537, de 31 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4633>].

Ley 734 de 5 de febrero de 2002, *Diario Oficial*, n.º 44.699, de 5 de febrero de 2002, disponible en [<https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>].

Ley 850 de 18 de noviembre de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.376, de 19 de noviembre de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10570>].

Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.494, de 27 de diciembre de 2006, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22628>].

Bibliografía

Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

Ley 1341 de 30 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.426, de 30 de julio de 2009, disponible en [http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3707_documento.pdf].

Ley 1474 de 12 de julio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

Ley argentina 24.240 de 22 de septiembre de 1993, de defensa del consumidor, disponible en [<http://www.informatica-juridica.com/anexos/ley-24-240-de-22-de-septiembre-de-1993-de-defensa-del-consumidor/>].

Ley argentina 1597 de 15 de diciembre de 1994, Ley orgánica de municipalidades y comisiones de fomento, disponible en [<http://www.lapampa.gov.ar/leyes-de-consulta-frecuentefrecuente/32904-ley-n-1597-ley-organica-de-municipalidades-y-comisiones-de-fomento.html>].

Ley orgánica ecuatoriana de defensa del consumidor, de 4 de julio de 2000, *Registro Oficial*, n.º 116 de 10 de julio de 2000, disponible en [<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M5Gz5D030wgJ:www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec053es.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&client=safari>].

Resolución 151 de 23 de enero de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable, disponible en [<https://www1.eaaay.gov.co/Normatividad/Resolucion%20CRA%20151%20de%202001.pdf>].

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Oficina Asesora Jurídica. Concepto Unificado n.º 35 de 2017, disponible en [<https://cdn.actualicese.com/normatividad/2017/Conceptos/CU35-17.pdf>].

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-1057, de 1999, disponible en [http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/1757.pdf].

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-014429 de 6 de abril de 2004, disponible en [http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_14429_04.doc].

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-004788 de 1.º de febrero de 2007, disponible en [<https://studylib.es/doc/8443143/220-004788-del-01-de-febrero-de---superintendencia-de-soc...>].

EL AUTOR

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Gestión de Entidades territoriales y Magíster en Gobierno Municipal de la misma casa de estudios. En la actualidad, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con mención en derecho administrativo. Ha sido profesor en derecho administrativo general, contratación estatal, servicios públicos y control fiscal en las universidades Externado, Libre de Pereira, Nacional de Colombia y Santo Tomás.

Ha sido Vice Contralor General de la República (e); Contralor delegado para el sector de la Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Gerente Nacional Administrativo y Financiero; Asesor de entidades públicas y privadas.

Es autor del libro *Los contratos en las empresas de servicios públicos domiciliarios* (2003), “La responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios”, en *Segundas Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo 2002* y es coautor de *Guías para la Contratación Pública Transparente y Eficiente* (2015-2016).



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en noviembre de 2017

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia