

*JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS*

**JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE
SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS**

DIANA CAROLINA DAZA VALLEJOS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO
Bogotá D.C.
2008**

*JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS*

**Jurisdicción competente para conocer de las controversias
contractuales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios
Mixtas**

Diana Carolina Daza Vallejos

**Tesis presentada como requisito para
optar al título de Abogado**

Director

Prof. Samuel Yong S.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO
Bogotá D.C.
2008**

Agradecimientos

A la Universidad Santo Tomás de Aquino.

Al Profesor Samuel Yong S. director de la presente Tesis por su constante colaboración a lo largo de la investigación desde su comienzo hasta su último momento.

A mis padres por su inquebrantable y desinteresado apoyo, a mis hermanos por su constante motivación y a quienes me forjaron como profesional y como persona.

"Es mejor merecer honores y no recibirlos que recibirlos y no merecerlos"
- Mark Twain -

Abreviaturas

<i>Art.</i>	Artículo
<i>C.P.</i>	Constitución Política
<i>C.C.A.</i>	Código Contencioso Administrativo
<i>C.P.C.</i>	Código de Procedimiento Civil
<i>EICE</i>	Empresa Industrial y Comercial del Estado
<i>ESP</i>	Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios
<i>SEM</i>	Sociedad de Economía Mixta
<i>SSPD</i>	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPITULO I.....	13
LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	13
1. NOCION DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	13
2. PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	17
3. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN QUE SON PARTE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS –ESP-	20
3.1. Propósitos del Estatuto General de Contratación Estatal.	20
3.2. Los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios – Excepción al régimen de la ley 80 de 1993.	22
4. INCLUSION DE NUEVAS COMPETENCIAS POR LA LEY 446 DE 1998	24
5. LOS SERVICIOS PUBLICOS COMO FUNCION ECONOMICA Y EL CRITERIO MATERIAL.....	27
6. EL CRITERIO ORGANICO DETERMINANTE DE LA JURISDICCION COMPETENTE.....	32
6.1. Proyecto de ley N° 69 de 2005 – Ley 1107 de 2006 –	32
6.2. Interpretación de la Ley 1107 por parte del Consejo de Estado.	35
6.3. La ley 1107 de 2006 frente a la ley 142 de 1994	37

CAPITULO II	42
NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA (SEM) Y DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS (ESP MIXTAS)	42
1. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA (SEM)	42
1.1. Concepto	42
1.2. Finalidad	44
1.3. Creación y constitución	46
1.4. Composición del capital	48
1.5. Jurisdicción competente para conocer de las controversias en que son parte las SEM	51
2. EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS (ESP MIXTAS)	53
2.1. Concepto	54
2.2. Objeto social	55
2.3. Composición de capital	55
2.4. Creación de las ESP	56
2.5. Naturaleza de las ESP	61
2.6. Disposiciones especiales que regulan a las Empresas de servicios públicos domiciliarios	62
2.7. Control y vigilancia en la prestación de servicios públicos.	64
CAPITULO III	73
DIFERENCIAS ENTRE LAS SEM Y LAS ESP MIXTAS Y POSICION JURISPRUDENCIAL FRENTE AL TEMA	73
1. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LAS SEM Y LAS ESP MIXTAS.....	73
2. POSICION JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO	78

2.1. Consejo de Estado	79
2.2. Corte Constitucional	82
2.3. La contraposición de la jurisprudencia de las altas cortes – Consejo de Estado vs Corte Constitucional	–87
2.4. Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas – Parte integrante o no, del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva	– 90
3. POSICIÓN DOCTRINAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS –AUTORIDAD EN LA MATERIA –	91

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación es una exposición jurídica frente al tema de COMPETENCIA JUDICIAL en materia de EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Son varias las inquietudes que han dado lugar al desarrollo de este trabajo de investigación, que considero tiene un enfoque muy particular, razón por la cual - valga decir de una vez - se apartará de cualquier posible distractor y se centrará única y exclusivamente en los interrogantes que le han dado lugar. Entre las inquietudes referidas, podemos resaltar *la importancia constitucional que reviste la prestación de servicios públicos domiciliarios*, que deviene en *la importancia que tiene el tratamiento y la solución de sus controversias en instancias judiciales*, estas dos razones han sido causa de innumerables conflictos académicos y judiciales entre litigantes, entre estos y jueces, y entre éstos mismos, todo como consecuencia, o del silencio del legislador o de la errónea interpretación que se ha hecho de las leyes que rigen la materia.

Como es bien sabido, la interpretación de la ley es tal vez la piedra angular de nuestro ejercicio profesional; ella sin embargo, constituye una labor subjetiva y como tal, genera innumerables conflictos que muchas veces pueden llegar a traer consecuencias nefastas para los

profesionales del derecho, e inclusive para todas las personas, pues en efecto esos conflictos generan situaciones de inseguridad jurídica.

El litigio por ejemplo, es la más de las veces, una constante pelea entorno a interpretaciones normativas, frecuente además cuando existen situaciones no definidas expresamente por el legislador, que dan lugar a espacios bastante amplios de discrecionalidad al intérprete. En ese orden de ideas, la tarea del juez no es fácil, prueba de ello es la existencia de los conflictos de competencia tradicionalmente aceptados: el positivo como el negativo.¹

La principal pregunta que me ha surgido, es entonces, en términos generales: *¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de los conflictos en que se parte una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios?*, para resolverla y admitir la relevancia de su respuesta, se deben atender dos aspectos fundamentales.

Lo primero, es hacer claridad respecto al concepto de *jurisdicción*, que aquí manejaremos. El término jurisdicción a lo largo de la presente investigación no será entendido como la facultad conferida a todo juez de la República² y cuya ausencia (de jurisdicción) no puede en

¹El conflicto negativo opera cuando dos jueces se niegan a adelantar el proceso por no considerarse competentes para tal efecto. El conflicto positivo se da cuando varios jueces insisten en conocer de un mismo asunto. Lo anterior en los términos del Profesor Hernán Fabio López en la parte general de su compendio procesal. 9^a ED. Pág. 223.

²Este concepto, considero es el verdadero concepto de jurisdicción y en ese sentido debería ser utilizado. Sin embargo, así no ha sucedido, pues en efecto el Constituyente y el legislador parecen equiparar el concepto de jurisdicción al de competencia, en repetidas ocasiones.

realidad llegar a ser declarada³, sino como un presupuesto procesal⁴ de los que ha definido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como una verdadera falta de competencia judicial para resolver un litigio.

El conflicto de jurisdicción para el caso que nos ocupa, es aquel que se da entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, cada vez que han tenido que resolver controversias contractuales e inclusive extracontractuales en que son parte las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, conflictos éstos, que reiterativamente han tenido que ser dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura⁵. La falta de jurisdicción o competencia, ha sido un verdadero dolor de cabeza en materia procesal, plausible en el ejercicio profesional, pues además de configurarse como una excepción previa, envuelve una de las causales de nulidad cuyo tratamiento jurídico es uno de los más delicados, por tratarse de una nulidad insubsanable.⁶

³ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. Teoría aplicada de la jurisdicción. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. Bogotá, 2004 Pág.41

⁴ Se debe recordar aquí que los presupuestos procesales acogidos por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia son cinco: la jurisdicción, la competencia, la capacidad procesal, la demanda en forma y la capacidad para ser parte.

⁵ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATRURA. SALA DISCIPLINARIA. Providencias de 01 de junio de 2005 Empresas Públicas de Armenia y 25 de mayo de 2005, Empresa de Energía de Bogotá, ESP y CODENSA S.A. ESP, entre otras. Al C.S.de la J. le corresponde dirimir esta clase de conflictos de acuerdo al artículo 112, numeral 2º de la ley 270 de 1996.

⁶ Código de Procedimiento Civil. Artículo 144. Saneamiento de la nulidad. (...) No podrán sanearse las nulidades provenientes de los numerales 3º y 4º del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional. (Subrayas y negrilla fuera del texto)

La presente investigación se justifica en la inexistencia de una regla de competencia general y clara para las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, específicamente para las mixtas, pues respecto de las oficiales y las privadas, el tema es más pacífico, gracias a la intervención del legislador en el caso de las primeras, y a una interpretación judicial un poco más unánime, en el caso de las segundas, tal y como se expondrá a lo largo del documento.

Lo segundo, es definir, delimitar y entender la importancia que tienen los servicios públicos domiciliarios, y en consecuencia, la responsabilidad radicada en cabeza de sus prestadores, entre ellos las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tienen una naturaleza propia, que hace imposible su asimilación a otras entidades, y cuya particularidad es evidente o por lo menos así tendría que ser, frente a las entidades descentralizadas por servicios de la rama ejecutiva y a las sociedades comerciales del sector privado.

El verdadero propósito de esta investigación, es contribuir desde la academia, a la solución de una pugna reiterada y bastante delicada, cual es el conflicto de jurisdicción respecto de las controversias en que son parte las tan mencionadas empresas de servicios públicos domiciliarios, atendiendo fundamentos de hecho y de derecho tan sólidos, como controversiales, de los cuales el lector podrá sacar sus propias conclusiones.

El presente es un estudio que se recomienda leer integralmente para que se entienda su propósito, es un estudio saciado de citas, principalmente jurisprudenciales, cuya finalidad es poner de presente la existencia del conflicto jurídico, la importancia de su solución y el

hecho de que su desenvolvimiento, más que en los libros, se encuentra en las sentencias de las Altas Cortes.

Esta investigación está conformada por tres grandes capítulos subdivididos en diferentes cuestiones, pero que a grosso modo conllevan: 1) el primero, una contextualización del tema conectada con aspectos sustanciales en materia de prestación de servicios públicos y con aspectos procesales - específicamente de competencia judicial - frente a la ley y a la jurisprudencia; 2) el segundo, una profundización respecto de la naturaleza jurídica de las ESP mixtas y un acercamiento a las disposiciones legislativas que particularmente las rigen y 3) el tercero, a la actual posición jurisprudencial frente al tema y a la fórmula que considero es la adecuada para dar solución al conflicto de competencia a estudiar.

CAPITULO I
LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS

En este primer capítulo, se pretende abarcar el tema de la prestación de servicios públicos domiciliarios con el fin de contextualizar el tema de la presente investigación. Por supuesto, lo primero será delimitar brevemente la noción de servicio público, decimos brevemente, porque un estudio profundo de tal naturaleza nos llevaría a iniciar una nueva investigación con objetivos diferentes. En el presente capítulo, también se hará referencia a las disposiciones legales que a lo largo del tiempo han determinado la competencia jurisdiccional para conocer de las controversias en esta materia, y a la evolución jurisprudencial en rededor de estas últimas. Finalmente, clarificaremos cuales son los dos criterios predominantes para determinar la competencia: el criterio material y el criterio orgánico.

1. NOCION DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Durante muchos años la noción de servicio público fue considerada el punto de partida del derecho administrativo. El concepto jurídico del servicio público nació en la doctrina francesa y no se diferenciaba sustancialmente de lo que se define hoy como función administrativa, era entonces, en los términos de Maurice Hauriou *la obra que debía realizar la Administración Pública*, era en otras palabras, toda

actividad desplegada por la administración tendiente a satisfacer la necesidad del interés general. Actualmente se ha superado notablemente la equivalencia de servicio público y función pública o administrativa como conceptos jurídicos, pues el primero no siempre está en cabeza de la administración e incluso en algunas situaciones puede constituir una función propia de los particulares que se desarrolla en el ámbito privado. En tratándose de servicios públicos domiciliarios, el constituyente de 1991 entendió que se trata una función propia de los particulares, pero que por la importancia que acarrea su debida prestación, se encuentra intervenida por el Estado, pese a que con el paso de los años, va dejando más espacio a las leyes que rigen la libre competencia.⁷

En la Constitución de 1991 se concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho y su regulación se encomendó exclusivamente al legislador; en ejercicio de esa facultad se expidió la ley 142 de 1994, mediante ella, se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y se pretendió precisar los mecanismos de control sobre ellos, las competencias de los entes territoriales para prestarlos, el favorecimiento de los derechos de los usuarios, los prestatarios de servicios públicos domiciliarios, el régimen aplicable a la actividad de los mismos, la homogeneización de tarifas, entre otros temas. La potestad atribuida al legislador por el constituyente tenía tintes bastante específicos, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia:

⁷ VIDAL PERDOMO, Jaime. Artículo especializado "Mito y realidad del servicio público" en *Servicios Públicos Domiciliarios. Actualidad jurídica*. Tomo IV. Superintendencia de servicios públicos. 1ª Edición, 2001.

“ (...) el ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Artículo 365 CP); (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Artículo 366, CP); (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Artículos 365 y 367, CP); y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (Artículo 369, CP)”⁸

En los mismos términos, y con anterioridad, la Corte Constitucional ya se había referido a la importancia del tema:

“En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-741 del 28 de agosto de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Exp. D-4405. Actor: Silvio Ruiz Grisales

materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”⁹

Particularmente frente a los servicios públicos domiciliarios, cabe citar lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-578 de 1992 de ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, así:

”Se consagra en esta disposición (se refiere al artículo 367 de la Constitución Política) una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios”, que son 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.”

Los **servicios públicos domiciliarios** son entonces, en desarrollo de lo preceptuado por el constituyente y por el legislador bienes tangibles o intangibles y prestaciones que reciben los administrados por parte

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. D-3765

del Estado o por los particulares, bajo la regulación, control y vigilancia del primero, que cuentan con la particularidad de llegar hasta el lugar de residencia o de trabajo y cuya finalidad es la satisfacción de necesidades básicas, a cambio del pago de una tarifa previamente establecida. Estos servicios son: *acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible*, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 142 de 1994.

2. PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1991 y de la ley 142 de 1994, los encargados de prestar los servicios públicos estaban constituidos principalmente como Establecimientos Públicos, en menor medida como Empresas Industriales y comerciales del Estado (EICE) y en algunos casos por particulares pero en virtud de concesiones otorgadas por las entidades territoriales; fue precisamente en la ley 142 en donde se estableció que cualquier empresa que naciera con el objeto de prestar uno o más de los servicios públicos tratados en ella, realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa, se constituirían como empresas prestadoras de servicios públicos - E.S.P. - Antes de la Constitución de 1991 no existía una regulación expresa frente al tema.

No obstante, la creación de empresas de servicios públicos con el fin de funcionar como tales, con una naturaleza bien definida y diferenciable de otros tipos de entidades fue permitida desde el año de 1994, tan sólo hasta el año de 1998 - seis años después - con la

expedición de la ley 489, por medio de la cual se dictaron normas sobre organización, funcionamiento y estructura del Estado, se vino a concebir a la ESP oficial, como entidad que hacía parte estructural del sector descentralizado por servicios. Reconociendo una vez más a la ESP, su carácter autónomo, y las particularidades que su objeto conllevaba, sin perjuicio de lo anterior, en la realidad, las entidades que cumplían con el objeto de las ESP, siempre habían sido consideradas como parte del Estado, pues en efecto, *“las EPS, han pertenecido desde mediados de siglo XX al Estado por haberse gestado alrededor de monopolios naturales de linaje intervencionista, respecto de los cuales la ley y la regulación de carácter secundario habían consolidado algunos privilegios en relación con el mercado, que a su vez impedían el surgimiento de la libre competencia de la materia.”*¹⁰

Es importante decir, que las ESP no son las únicas prestatarias, el legislador en el artículo 15 de la ley 142, incluyó como prestadores de servicios públicos domiciliarios, a los siguientes:

1. Las empresas de servicios públicos –ESP- (Artículo 15.1, Ley 142 de 1994), que a su vez pueden ser: **oficiales** por estar constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes, **mixtas** en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes

¹⁰ ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios: Legislación y jurisprudencia. Ed. Biblioteca jurídica DIKE. Primera edición, Bogotá - 2003

superiores o iguales al 50% y **privadas** cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares.

2. Las **personas naturales o 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. (Artículo 15.2, Ley 142 de 1994) se trata de una "persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal." (Artículo 1 de la Ley 689 de 2001), en otras palabras el generador del servicio para sí mismo.
3. Los **municipios**, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos. (Artículo 15.3, Ley 142 de 1994).
4. Las "**organizaciones autorizadas**" (ONG) conforme a la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. (Artículo 15.4, Ley 142 de 1994)
5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.5, Ley 142 de 1994).

6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional (EICE) que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estaban prestando cualquiera de los servicios públicos a los que ella se refiere y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 (Artículo 15.6, Ley 142 de 1994)

Tenemos entonces seis prestadores de servicios públicos domiciliarios, pero sólo uno de ellos creado con ese y para ese fin específico: **la ESP**. Sin embargo, por tratarse de entidades nuevas, se presentó la necesidad de determinar el régimen que a ellas se aplicaría, y el legislador, de manera acertada, anticipó que se regularían por lo dispuesto en la misma ley 142 de 1994 y en términos generales por las normas que imperan en el derecho privado. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador se quedó corto en un aspecto, ya que nada dijo frente al juez competente, y menos aún, frente al juez competente para conocer de las controversias contractuales en que fueran parte las ESP. Así, y adentrándonos en el tema que dio lugar a la presente investigación, es preciso referirnos al estatuto general de contratación.

3. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN QUE SON PARTE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS -ESP-

3.1. Propósitos del Estatuto General de Contratación Estatal.

La ley 80 de 1993 pretendió venir a llenar los vacíos que durante años se habían hecho evidentes en la aplicación del decreto 222 de 1983 -

anterior legislación que imperaba en esa materia - mediante la promulgación de un único estatuto de contratación aplicable en todos los niveles del sector descentralizado. De esta manera, eliminó la distinción hecha por el decreto 222, entre contrato de derecho privado y contrato administrativo, para hablar de un solo contrato: el estatal. Como se lee en la exposición de motivos de la ley 80 su objetivo era la **“obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles - incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebren contratos a nombre del Estado”**.

Las expectativas de la ley 80 fueron tan magnánimas como efímeras; un solo contrato, un solo régimen y un solo juez en materia de contratación, fue lo último que se logró con la expedición del Estatuto General de Contratación.

Pese al propósito unificador pretendido por la ley 80, se establecieron en su mismo articulado una serie de contratos que continuarían sometiéndose a su propio régimen, o mejor, a un régimen especial por fuera del estatuto general de contratación; de ahí que contratos como los celebrados por los establecimientos de crédito, aseguradoras y demás entidades financieras estatales, siempre que correspondieran al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social (Art.32 Parágrafo ley 80/93), los de concesión de telecomunicaciones (Art. 33 ley 80/93), los de exploración y explotación de recursos naturales (Art.76 ley 80/93), entre otros, continuarían sometiéndose a su propia normatividad. De

igual manera, la ley 80 estableció que por voluntad del legislador, se podrían imponer regímenes especiales para ciertos contratos, que también se ubicarían por fuera del ámbito de aplicación del estatuto general de contratación, y a su vez, mantuvo esta prerrogativa para otros contratos cuyas leyes de contratación ya se habían expedido, caso del Banco de la República (Ley 31 de 1990) y de lo concerniente a la autonomía universitaria (ley 30 de 1992).

3.2. Los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios – Excepción al régimen de la ley 80 de 1993.

En esos términos, y con posterioridad a la ley 80 de 1993 el legislador expidió entre otras la ley 142 de 1994, por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios; en el artículo 31 originario de la mencionada ley, mal titulado Concordancia de esta ley con el estatuto general de contratación pública, se señaló que **“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, se regirán por el parágrafo 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”** así las cosas, el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios quedó expresamente remitido a una clara excepción a la aplicación de la ley 80. Ante este evento, y ante la dificultad que presentaba la interpretación de la norma en cuestión, el Consejo de Estado determinó, luego se una gruesa argumentación, mediante auto de 23 de septiembre de 1997 lo siguiente:

“(...) los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts 128 y ss. de la ley 142, están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción ordinaria. Que, en cambio, el de servicios públicos mencionado, que 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. (...)”¹¹

El salvamento de voto hecho a este auto por el Dr. Daniel Suárez Hernández, al que tal vez poca importancia se le otorgó en ese momento, marco la pauta para lo que en un futuro constituiría la teoría acogida por el supremo tribunal de lo contencioso administrativo: el régimen aplicable a los contratos, no determina la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas con ocasión de los mismos.

Y efectivamente, lo que se hizo en este auto fue radicar la competencia en la jurisdicción ordinaria, con basamento en el régimen aplicable al contrato *“...el contrato del cual proviene la*

¹¹ Consejo de Estado. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Auto de 23 de septiembre de 1997. Radicación S-701. Actor: DIEGO GIRALDO LONDOÑO

controversia no tiene cláusulas exorbitantes y está sometido en todo al derecho privado..., por tratarse de una controversia de mero derecho privado derivada de un contrato de compraventa de unos aparatos telefónicos, de conocimiento de la jurisdicción ordinaria (artículo 16 numerales 1 y 11 del Código de Procedimiento Civil.)”; en este mismo sentido se pronunció la corporación, en auto de 09 de marzo de 2000:

“Teniendo en cuenta que en el contrato cuya nulidad absoluta se demanda, no se advierte que se hubiere incluido alguna de las cláusulas excepcionales al derecho común que contempla la Ley 80 de 1993 y atendiendo a lo preceptuado por las normas antes transcritas, debe concluirse que el conocimiento del presente asunto le compete a la jurisdicción ordinaria y no a esta jurisdicción especializada.”¹²

4. INCLUSION DE NUEVAS COMPETENCIAS POR LA LEY 446 DE 1998

Ya en auto del 09 de marzo del 2000, se había elaborado un breve acercamiento a las nuevas competencias establecidas por la ley 446 de 1998. La importancia de esta ley radica en el acogimiento de un criterio material para determinar la jurisdicción competente, con la modificación que en el artículo 30, hizo del artículo 82 C.C.A.: *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de*

¹² Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE. Auto de 09 de marzo de 2000. Radicación 16661. Actor: NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.”

Al juez le quedó entonces, en virtud de este artículo, estatuido y conocido como la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, la labor de determinar cuáles eran los litigios administrativos que eran de su conocimiento; para ello y con ese mismo fin, la ley 446 de 1998 modificó el artículo 132 C.C.A. y adicionó el artículo 134B, ambos en el mismo sentido determinaron en cabeza del juez contencioso el conocimiento de todos los contratos que celebraran las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su *finalidad estuviera vinculada directamente a la prestación del servicio*. De esta manera, litigios originados en asuntos como la instalación de redes, mantenimiento y en términos generales los que tuvieran que ver con la generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión, sin más discernimiento, quedaron en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa, no así sucedió, con otra clase de acuerdos que requerían de un examen más exhaustivo y de no muy fácil solución, que por supuesto generaron una mayor polémica.

Teniendo en cuenta la ley 446, el Consejo de Estado, mediante auto de 08 de febrero de 2001 implantó nuevas directrices y dentro del expediente 16661, en el cual ya se había pronunciado, estableció por vía de reposición y por primera vez en materia de servicios públicos que el régimen de derecho no determina el juez competente, tal como ya lo había dicho el salvamento de voto (Dr. Daniel Suarez Hernández) del auto de 1997. En el pronunciamiento del 2001 referido, el H. Consejo de Estado dijo:

“(...) si bien es cierto los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado (art. 31 ley 142 y arts. 8 y 76 ley 143 de 1994), no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato (...)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”¹³

En el caso reseñado anteriormente, la principal pretensión de la parte actora, radicaba en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de suministro de energía celebrado entre la Electrificadora del Atlántico, ELECTRANTA S.A. E.S.P. y TERMORIO S.A. E.S.P., el juez de primera instancia inadmitió la demanda por considerar que la Nación no tenía interés directo para presentar la demanda, al no ser parte en el contrato, ni socia de ninguna de las dos sociedades que lo celebraron, finalmente en este asunto, el H. Consejo de Estado determinó que su conocimiento era de la jurisdicción contenciosa, y efectivamente por donde quiera que se lo mirara era así, pues: **1)** la Nación si tenía un interés directo en tanto tenía el control de tutela de ELECTRANTA por ser esta una ESP oficial¹⁴ y adicionalmente **el**

¹³ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE. Auto de 08 de febrero de 2001. Radicación 16661. Actor: NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

¹⁴ Ibídem. En este caso: “En cuanto a sus accionistas señalan los estatutos que estos son: Corelca 88.25%, Departamento del Atlántico 6.99%, Distrito de Barranquilla 2.78; otros municipios del Atlántico 1.42%; Fonvisocial 0.56% y particulares 0%, para un total de 100% (art. 7°). Esto significa que si no hay accionistas particulares,

contrato estaba directamente vinculado a la prestación del servicio (Arts. 132 y 134B C.C.A.)

En este sentido se hizo plausible la aplicación de un criterio material o funcional, para determinar el juez competente.

5. LOS SERVICIOS PUBLICOS COMO FUNCION ECONOMICA Y EL CRITERIO MATERIAL

Lo que nos atañe en el presente estudio es resolver la situación frente a controversias contractuales, puesto que en materia extracontractual el Consejo de Estado unánimemente y sin mayor debate había determinado que era la jurisdicción ordinaria, la que debía conocer las demandas instauradas en contra de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ya que no existía norma expresa de competencia para éstos asuntos, debiendo remitirse estos al juez el ordinario.

Sin embargo en un asunto que resolvió una controversia de tipo extracontractual, se abordó el tema del criterio material adoptado por el legislador en la cláusula general de competencia, para determinar la jurisdicción competente:

debe concluirse que Electranta S.A. E.S.P es una empresa oficial de servicios públicos de acuerdo con el art. 14.5 de la Ley 142 de 1994 y no una empresa de servicios públicos mixta, como equivocadamente se señala en los estatutos”.

“En materia contractual, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se establece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993; no obstante, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 prevé que, en ciertos casos, no tiene aplicación el estatuto de contratación administrativa y, en esta medida, no tendría aplicación el artículo 75 mencionado. En tales eventos, la competencia se deberá establecer acudiendo al Código de Procedimiento Civil, que, en su artículo 16, señala que los jueces del circuito son competentes para conocer los procesos contenciosos de mayor y menor cuantía en los que sean partes las entidades públicas allí señaladas, “salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa”, lo cual, claro está, obliga a recurrir al artículo 82 del C.C.A., para determinar si la controversia de carácter contractual es de competencia de esta jurisdicción. Adicionalmente, habrá que verificar si no hay una norma, de carácter especial, que atribuya la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”¹⁵

En este auto, el tribunal supremo entró a evaluar nuevamente los alcances del artículo 82 del C.C.A., y a darle la interpretación más adecuada al término litigios administrativos que éste contiene. Para ese momento el tratamiento jurisprudencial que se le venía dando a las empresas de servicios públicos domiciliarios, hacia ineludible definir lo que es función administrativa, y si ella como concepto, era equiparable a la prestación de servicios públicos, esta discusión, se

¹⁵ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ. Auto de 17 de febrero de 2005. Radicación 27673. Actor: RODRIGO VILLAMIL VIRGÜEZ

encuentra hoy ampliamente superada, la Constitución y la ley han hecho claras diferenciaciones entre una y otra. La Carta Magna, por ejemplo, reguló el tema de los servicios públicos dentro del *régimen económico y de hacienda pública* (Título XII) y el de la función pública dentro de la *Organización del Estado* (Título V), a diferencia de la carta política de 1886 en donde la utilización de los términos servicio público y función administrativa se manejaban indiscriminadamente.¹⁶

La prestación del servicio público se ha extendido a personas mixtas y privadas, y se ha sometido a un régimen de vigilancia, lo suficientemente libre, como para permitir la competencia en el mercado y lo suficientemente regulado como para evitar trasgresiones a los derechos de los administrados. En el auto de 17 de febrero de 2005, el Consejo de Estado ratificó la posición, y entendió que la prestación del servicio público constituye función económica, esto es, función propia de los particulares, no así, la regulación, vigilancia y control de aquella, que de acuerdo con el artículo 365 C.P. debe permanecer en cabeza del Estado.

Así las cosas, las empresas prestadoras, sólo cumplen función pública en algunos eventos y estrictamente dentro del marco legal; en desarrollo de esa anómala y ocasional función pública, se elimina el

¹⁶ Constitución Política de 1886. Artículo 7.- Fuera de la división general del Territorio habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público. De igual manera en el Título V, denominado "De los poderes nacionales y del servicio público" se regulaba este último tema en el entendido de función administrativa.

pie de igualdad con los particulares, así sucede con eventos como el establecimiento de cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios públicos y la facultad de hacerlas efectivas (Artículo 31, Ley 142 de 1994), la imposición de sanciones (Artículo 81, 142 y 147 Ley 142 de 1994), etc.

“Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como función pública. Esta concepción se explica si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad”¹⁷

En el mismo sentido la sentencia:

“El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365

¹⁷ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ. Auto de 17 de febrero de 2005. Radicación 27673. Actor: RODRIGO VILLAMIL VIRGÜEZ.

constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación”¹⁸.

Y la doctrina,

*“No toda actuación del proveedor de los servicios públicos lleva implícita la función pública, es sólo cuando el proveedor de los servicios públicos en desarrollo de la Ley, ejerce un acto de autoridad, o coloca al usuario en relación de subordinación cuando estamos en presencia de este tipo de actuación (...)
La prestación del servicio público lleva asociado el ejercicio de potestades públicas, pero la prestación del servicio en sí mismo no es una función estatal, como tampoco lo son muchas de las actividades que realizan los proveedores”¹⁹*

Es fundamental la concepción de servicio público como función económica, ya que a partir de ella, se concluía que no había litigio administrativo donde no hubiese función de la misma naturaleza, ello

¹⁸ Consejo de Estad. SECCION TERCERA. Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente AP - 0020.

¹⁹ ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios: Legislación y jurisprudencia. Ed. Biblioteca jurídica DIKE. Primera edición, Bogotá - 2003. Pág. 46, 51 y 56

en virtud de que aquel, es el que surge del ejercicio de potestades Estatales.

6. EL CRITERIO ORGANICO DETERMINANTE DE LA JURISDICCION COMPETENTE

6.1. Proyecto de ley N° 69 de 2005 – Ley 1107 de 2006 –

Como se había mencionado inicialmente, el artículo 32 del C.C.A. fue modificado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, en el sentido de que ésta eliminó la palabra administrativos que calificaba los litigios que debían ser conocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quedando la cláusula general de competencia establecida de la siguiente manera: ***“La jurisdicción de lo contencioso administrativo esta 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%...”***

Lo que el legislador pretendía con la modificación a la cláusula de competencia, era básicamente, eliminar el conflicto que durante años se había suscitado en instancias judiciales, ya que era labor exclusiva del juez determinar la naturaleza administrativa o no del conflicto. Durante muchos años fue común – no jurídicamente aceptable, por supuesto - que se suscitaran conflictos de competencia entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción ordinaria, que en más de una ocasión fueron dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Pero no pacíficamente, pues en efecto, no existía una regla clara de competencia, y mientras unos negocios terminaban por cursarse ante jueces civiles del circuito, otros de tintes arto parecidos, se adelantaban ante los tribunales contenciosos; eran usuales también, las declaraciones de nulidad dentro de los procesos cuando ya el trámite estaba próximo a culminar la etapa probatoria y se retrotraía toda la actuación, por nada más y nada menos, que FALTA DE JURISDICCIÓN.

La ley 1107 de 2006, eliminó de plano el criterio material que hasta el momento había determinado la jurisdicción competente, y acogió definitiva y sanamente el criterio orgánico. Este último, consiste básicamente en la identificación de la naturaleza jurídica de las entidades parte dentro de una controversia para así poder definir el juez competente; es decir, que siempre que en un litigio una de las partes este conformada por una o más entidades públicas, el juez que deberá conocer es el **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, bastaba entonces con remitirse al artículo 38 de la ley 489 de 1998, y si una de las partes encajaba en la naturaleza de los entes allí relacionados, no había duda, la jurisdicción era la contenciosa.

Es importante entonces, hacer referencia a la exposición de motivos de la ley 1107 de 2006²⁰ para tener claridad en el tema y establecer con mayor precisión, lo que pretendió el legislador, y cómo, el tema de los servicios públicos influyó de manera determinante en la modificación introducida:

²⁰ Gaceta del congreso 538. Proyecto de ley numero 69 de 2005. Presentado por el senador Darío Martínez Betancourt.

“(...)Esa sencilla modificación a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en la eliminación del calificativo “administrativos” que hoy contiene el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo para las controversias y litigios cuyo conocimiento está atribuido a dicha jurisdicción, permitiría establecer un criterio orgánico para su determinación, así como solucionar importantes diferencias que, sobre dicha cláusula, vienen presentándose en las diferentes jurisdicciones(...)

(...)

La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia.

(...)

La norma que se propone clarifica la competencia, incluso en el caso de las controversias contractuales originadas en contratos estatales, pues si bien su conocimiento está atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa, por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, se trata de una regla general, con muchas excepciones, como es el caso de los contratos de las empresa oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, según se establece en los artículos 19.15, 31 y 32, entre otros, de la ley 142 de 1994. En esos casos hoy es necesario remitirse a los artículos 16 del Código de Procedimiento Civil y 82 del Código Contencioso Administrativo para establecer si, de acuerdo con lo allí

dispuesto, la controversia es de competencia de la mencionada jurisdicción”

6.2. Interpretación de la Ley 1107 por parte del Consejo de Estado.

En aplicación de la ley 1107, el H. Consejo de Estado se ha manifestado en dos recientes providencias, frente a la inclusión y utilización del criterio orgánico determinante de la jurisdicción competente, en los siguientes términos:

“(...) la ley 1.107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico”, no el “material”, es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no.”²¹

En el mismo sentido, en pronunciamiento de julio de 2007:

“(...) en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al “juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las

²¹ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 08 de febrero de 2007. Radicación 30903. Actor: UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS.

personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga.(...)”²²

La solución adoptada por el legislador fue sabia, pero como siempre el carácter general de la ley no permite cobijar todos los casos que se puedan presentar. Pues en efecto, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas –ESP mixtas- no se encuentran relacionadas en la enumeración de las entidades que hacen parte del Sector descentralizado por servicios, establecido en el artículo 38 de la ley 489 de 1998 (por la cual se reguló la estructura del Estado), norma ésta, que se constituye como la primera herramienta del intérprete para aplicar en debida forma la ley 1107.

No obstante lo anterior, el H. Consejo de Estado ha decidido mayoritaria, aunque no unánimemente²³, que las ESP mixtas deben entenderse incorporadas a la rama ejecutiva del poder público, por asimilarse éstas a las Sociedades de Economía Mixta, arguyendo motivos que se referirán con detenimiento más adelante.

²² Consejo de Estado. Sección tercera. Auto del dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Rad. 29.745. CP. **RUTH STELLA CORREA PALACIO**. Actor: INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA.

²³ Se encuentra, que en las providencias dictadas por este alto Tribunal frente al tema en cuestión, siempre hay un salvamento de voto, emitido en el mismo sentido, por parte de la Magistrada de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

6.3. La ley 1107 de 2006 frente a la ley 142 de 1994

Existe un punto importante, que hasta el momento no ha sido tratado, y que hace referencia al parágrafo del artículo 1º de la ley 1107, que a la letra reza:

“PARÁGRAFO. *Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.*

Se tienen entonces, que la ley 1107 del 2006 adoptó el criterio orgánico de competencia y mantuvo las competencias de la ley 142 de 1994, sin embargo es preciso manifestar, que ésta última no contiene una regla general de competencia, sino que establece solamente tres reglas de tal naturaleza, para eventos particularmente definidos en la misma ley. Lo que sí hace la ley 142, es pregonar la prevalencia del régimen de derecho privado para las ESP, pero teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sostenido, que el régimen de derecho no determina la jurisdicción competente, por este camino no se puede deducir que la jurisdicción competente, sea la ordinaria.

Para hacer referencia a esas tres únicas reglas de competencia establecidas en la ley 142, que se reitera, prevalecen sobre la ley 1107, nos permitimos citar una reciente providencia del H. Consejo de Estado, que las enumera así:

“(…) i) los actos y contratos en los que se ejerciten cláusulas exorbitantes (artículo 31 inciso segundo de la ley

142, modificado por el artículo 3º de la ley 689) estarán **sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa**;

ii) las facultades especiales por la prestación de servicios públicos: uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes que se requiera para la prestación del servicio, estarán sujetos **al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo** (Art. 33 *ibíd.*) , y

iii) al cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público puede hacerse ante la jurisdicción ordinaria (art. 130 ley 142) (...)”²⁴ (Negritillas fuera del texto)

Superado lo anterior y en ese orden de ideas, en materia de competencia general para conocer de las controversias de las ESP, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha sostenido, que si la ESP es de carácter oficial no hay duda, el juez administrativo debe conocer del litigio – según la ley 1107 de 2006 y el artículo 38 de la ley 489 de 1998-; si se trata de una ESP de carácter privado, será competente el juez ordinario.

¿Qué paso entonces con las ESP mixtas?, como ya se mencionó, el Consejo de Estado, las incorporó por vía jurisprudencial a la

²⁴ Consejo de Estado. Sección tercera. Auto del dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Rad. 29.745. CP. **RUTH STELLA CORREA PALACIO**. Actor: INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA

estructura descentralizada por servicios del Estado –rama ejecutiva– con base en varios argumentos a saber:

“En **primer lugar**, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

(...) En **segundo lugar**, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal.

(...) En **tercer lugar**, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.

(...) En **cuarto lugar**, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, (...) Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque -según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las

sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y **las sociedades de economía mixta.**

(...) En **quinto lugar**, también se debe aclarar que el hecho de que los arts. 38 y 68 citados hayan establecido, en forma expresa, que las “empresas oficiales de SPD” hacen parte de la estructura del Estado se debe a que (...) Pudo, en principio, ser innecesario que la ley 489 hubiera prescrito explícitamente que las empresas oficiales de SPD integran la estructura del Estado, porque bastaba con la referencia a las “empresas industriales y comerciales del Estado” para que tales entidades se entendieran incluidas. El problema radica en que las empresas oficiales de SPD se pueden constituir de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, a su libre elección.

(...) En **sexto lugar**, encuentra la sala que el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado -como lo dice la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004- no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, pues con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; lo cual es a todas luces un despropósito, como lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999.”²⁵ (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

²⁵ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. Aliér Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de 2 de marzo de 2006. Exp. 32302, reiterada en sentencia de abril 27 de 2006. Consejero ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 30096. Actor: Gloria Mosquera de Rivera

Si se leen cuidadosamente los argumentos aducidos por el máximo tribunal, todos desembocan en una gran conclusión: las ESP mixtas, son una clase de sociedades de economía mixta (SEM) y esa es por tanto su naturaleza jurídica. Se podría deducir también, que la característica principal de las primeras, según este lineamiento, es que se componen de capital privado y público.

De ser cierto lo anterior, - que entre las SEM y las ESP mixtas existe una relación de género a especie y que su naturaleza es la misma jurídicamente hablando - no habría mayor discusión, pues se entenderían incorporadas a la rama ejecutiva conforme al *literal f, numeral 2, artículo 38 de la ley 489* (artículo que establece las entidades que hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva); sin embargo, el punto motivo de pugna, es justamente ese, determinar, si esa afirmación puede aplicarse indefinidamente o si por el contrario, entre las ESP mixtas y las SEM existen diferencias de fondo, y en consecuencia, las denotan rasgos particulares. El tema de la naturaleza jurídica de estas dos clases de entidades se entrará a estudiar en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA (SEM) Y DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS (ESP MIXTAS)

En el presente capítulo, antes de entrar a rebatir la posición adoptada por el Consejo de Estado y delimitar las diferencias existentes entre las SEM y las ESP mixtas, nos parece pertinente hacer referencia a la naturaleza jurídica de estas dos entidades por separado. También haremos mención a ciertas disposiciones especialísimas acogidas por el legislador, exclusivamente para los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Ello con el fin de clarificar el tema que nos ocupa, y realizar la antesala correspondiente al contenido del tercer capítulo.

1. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA (SEM)

1.1. Concepto

Las SEM fueron incluidas por el legislador a la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro del sector descentralizado por servicios, así:

“LEY 489 DE 1998. ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. *La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;”

El concepto primario de las SEM, está dado por el legislador, que en los términos del artículo 97 de la misma Ley 489 de 1998, las definió como organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

El artículo 97, siguió muy de cerca, los lineamientos que previamente se habían establecido en el decreto 1050 de 1968, respecto de las sociedades de economía mixta. En aquel entonces, se había promulgado que éstas, eran *organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades*

*de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.*²⁶

Este concepto, ha sido, en éste mismo tenor, adoptado para el nivel territorial. Es así, como el artículo 256 del decreto 1222 de 1986 por medio del cual se expidió el Código de Régimen Departamental, reza:

“ARTICULO 256. *Las sociedades de economía mixta son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, con aportes de los Departamentos y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que se deriven de la ley o de la atribución que se les haga de funciones administrativas.”*

1.2. Finalidad

La razón de ser de estas sociedades, es ampliar el campo de acción del Estado en el sector privado, y permitir a su vez, materializar sus propósitos de empresa, pues es indiscutible, que en materia económica, el Estado es una empresa más, que debe procurarse la capacidad de competir con el gremio empresarial nacional e internacional. Las SEM permiten al Estado aprovechar la experiencia del empresario particular y caminar junto a él, direccionados a obtener beneficios, aunando esfuerzos e intereses.

²⁶ Decreto 1050 de 1968. Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional. Artículo 8°.

Es por ello, por el objeto que tienen las SEM, que el Código de Comercio las reguló, valga decir, en el libro segundo: “*De las Sociedades Comerciales*”, dedicando un título exclusivo a su tratamiento jurídico, en el cual las definió en los siguientes términos:

“TÍTULO VII.

DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

ARTÍCULO 461. DEFINICIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. *Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.*

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”

Delimitar la naturaleza jurídica de las Sociedades de Economía Mixta, no ha sido tarea fácil, esto se debe, a que ellas llevan consigo, dos particularidades disímiles en su esencia, por una parte, son entidades propias de la rama ejecutiva y por la otra, verdaderas sociedades comerciales. La necesidad observada por el Estado, para decretar su creación, fue la posibilidad que ellas abrían al desarrollo de actividades industriales y comerciales que por definición, sabemos, son propias de los particulares, ello a su vez es el fundamento de la legislación que a ellas se aplica: la legislación privada.

1.3. Creación y constitución

La facultad del Estado para participar en las Sociedades de Economía Mixta y la existencia misma de estos organismos, es de raigambre constitucional, en efecto, el artículo 150, numeral 7º C.P., es el que le atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", lo propio sucede en los arts. 300 numeral 7º y 313 numeral 6º, para la autorización de esta clase de sociedades en el nivel territorial, otorgada a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, respectivamente.

En este punto, es importante diferenciar el momento de autorización legal para la constitución de estas sociedades, del momento mismo de su creación, pues mientras lo primero es atribución del Congreso, de la Asamblea o del Concejo, lo segundo se evidencia con el acto de constitución, que es efectivamente posterior a la ley, ordenanza o acuerdo, que autorice su creación. Como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

“Dos actos jurídicos requiere la constitución de una sociedad de economía mixta: la ley que la crea o autoriza y el contrato de sociedad (...).

No basta la creación legal o la autorización que se haga para que la sociedad quede constituida; es preciso el posterior acuerdo con los particulares y la solemnización del contrato, en términos del Código de Comercio, para dar nacimiento a la nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”²⁷

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de (27) veintisiete de febrero de 1975. M.P. Dr. Luis Sarmiento Buitrago

En el mismo sentido el H. Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 19 de 1993 dijo:

"De todo lo expuesto se concluye entonces que, la sociedad de economía mixta está sometida a un régimen dual; en primer lugar, a las directrices trazadas por la ley que autorizó su creación y a las leyes especiales que rigen cuestiones específicas de su vida social; en segundo lugar el acto de constitución o contrato social a cuyos términos deben ceñirse las decisiones tomadas por sus organismos de dirección"

Es importante también, establecer qué clase de ley es la que debe autorizar la creación de una sociedad de economía mixta, pues en efecto, esta no es una ley que contenga un sentido general, materialmente hablando, pues ella debe estar particularmente orientada a regular una situación que de alguna manera, surge en el ámbito de una situación concreta. En este sentido la Corte Constitucional, en importante pronunciamiento manifestó que se trata aquí de *"una ley en sentido formal, pues sólo es ley por su origen, y su formación y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto. Y por ser particular y concreto tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada. Como lo señala el artículo 8o. del decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, "el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social". (...) Tal ley, en consecuencia, debe*

determinar asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla.”²⁸

1.4. Composición del capital

Otro aspecto, de mayor calibre jurídico, es la composición del capital de las SEM, en este punto es indispensable traer a colación lo que preceptuaba el inciso segundo del artículo 97 de la ley 489, declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-953 de 1999:

“ARTICULO 97. (...)

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.” (Negrillas fuera del texto)

Frente a esta consagración legal que no goza hoy de vigencia, la Corte Constitucional con ocasión de demanda de inconstitucionalidad, determinó que lo que hace que una sociedad de economía mixta tenga tal naturaleza no es la cantidad de aportes que el Estado tenga en

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia Sentencia No. C-357 del once (11) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Expediente D-564. Actor: JORGE GARCIA HURTADO

ella. Es decir, que una SEM es considerada tal, siempre que se forme de aportes estatales y privados sin importar las proporciones de los mismos.

“La 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 7º 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 cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.”²⁹

Como producto de esta misma sentencia se dispuso la inexecutable de la parte final del artículo 256 del Decreto 1222 de 1986, que sostenía que los aportes de los Departamentos no podían ser inferiores al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital de la sociedad, cuando de Sociedades de Economía Mixta se tratara.

El porcentaje del aporte estatal en una Sociedad de Economía Mixta, determina entonces, el tratamiento jurídico que en su interior debe

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-953 de (1º) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Expedientes D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558. Actores: Ramón Carlos Zúñiga Valverde y otros.

procurársele en algunos aspectos, así por ejemplo, el párrafo del artículo 97, establece que en aquellas en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, ese tratamiento será justamente el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado, frente a lo que tiene que ver con régimen de actividades y servidores, en ambas entidades.

En el mismo sentido el decreto 130 de 1976 (Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta) establece en su artículo 3º que en las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, lo propio sucede en el Código de Régimen Departamental.³⁰ En ese orden de ideas, es evidente, como la legislación ha mantenido una misma columna jurídica para las SEM, de igual manera, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han procurado la unidad de materia y en este ejercicio, han unificado conceptos y directrices.

Otra importante determinación del legislador, que se encuentra íntimamente relacionada con el porcentaje del aporte estatal en las SEM, es el régimen contractual al que ellas deben sujetarse, frente a ello, la reciente reforma de Estatuto General de Contratación de la

³⁰ **DECRETO 1222 DE 1986. ARTICULO 2o.** DEL REGIMEN APLICABLE A LAS SOCIEDADES CON APOORTE NACIONAL INFERIOR AL NOVENTA POR CIENTO (90%). Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere inferior al noventa por ciento (90%) del capital social, se someten a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Administración Pública, introducida por la ley 1150 de 2007, ratificó, en correspondencia con la ley 80, que en aquellas sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), estarán éstas, sometidas al Estatuto General de Contratación.³¹

1.5. Jurisdicción competente para conocer de las controversias en que son parte las SEM

El tema de la jurisdicción es otro, pues en un principio, legislador, jueces, y doctrinantes, coincidían en sostener que el conocimiento de sus controversias reposaba en la jurisdicción ordinaria. El Código de

³¹ "ARTÍCULO 14. LEY 1150 DE 2007. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la presente ley." (Negrillas, cursiva y subrayas fuera del texto original)

Frente a la excepción consagrada en éste artículo, nos parece importante, resaltar que el hecho de ser el objeto de una Sociedad de Economía Mixta, la realización de actividades industriales y comerciales, la más de las veces, se encontrará ésta, en competencia con el sector privado nacional o internacional, disposición que en nuestro concepto, hace de la excepción una regla general.

Comercio, era tal vez el compendio más claro en la materia: *Las sociedades de economía mixta se sujetan (...) a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.* Sin embargo, años después, el legislador del 2006 mediante la ley 1107, adoptó el criterio orgánico de distribución de competencias para la jurisdicción contencioso administrativa, asumiendo una posición, en nuestro concepto, más proteccionista de los derechos del Estado, que en últimas son los derechos de la comunidad en general.

Parece entonces, que el tema es hoy pacífico, puesto que con la ley 1107, de 2006 y el criterio orgánico por ella acogido, las controversias en que sean parte las SEM cuyo capital estatal sea mayoritario, están sometidas al conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa, ello, una vez más, con independencia del régimen jurídico que les sea aplicable.

En conclusión, podemos decir que las Sociedades de Economía Mixta son organismos con naturaleza jurídica propia, creadas o autorizadas por la ley, con carácter de verdaderas sociedades comerciales, que se consideran tales, porque su capital está formado con aportes de la Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas y particulares, sin importar las proporción de los mismos, y cuyas funciones son económicas, esto es, actividades industriales y comerciales con ánimo de lucro.

Son además, organismos que se sujetan al régimen de derecho privado –salvo las excepciones legales - vinculados a la Rama ejecutiva como integrantes del sector descentralizado por servicios y cuyas controversias serán de conocimiento de la jurisdicción

contencioso administrativa, siempre que el capital público en ellas aportado sea superior al 50%, de acuerdo al artículo 1º de la ley 1107 de 2006.

2. EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS (ESP MIXTAS)

El tema de la prestación de servicios públicos, tiene gran importancia para el Estado, tan es así, que el Constituyente de 1991, dedicó todo un capítulo a establecer los principios que informan su prestación. Con igual importancia, facultó al legislador, para que estableciera su régimen jurídico, eso sí, circunscribiendo el tema de control y vigilancia, única y exclusivamente en cabeza del Estado.

La importancia del tema, requiere una pronunciación activa y permanente de la administración y *“la intervención estatal en esta materia se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo. Por ello, tal como lo reiteró recientemente esta Corporación Ibídem. **“la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad (...) – se***

encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad”.³²

2.1. Concepto

El legislador de 1994, mediante las leyes 142 y 143, y en desarrollo de los arts. 365º y 150º numeral 23 constitucionales, estableció el régimen de los servicios públicos y autorizó la creación de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (ESP). A lo largo del articulado de esta ley, no se encuentra una definición genérica de las ESP, pero sí se establecen ciertos criterios que las determinan, entre ellos: su naturaleza jurídica (Art.17), su objeto (Art.18) y sus clases (Art.14). En ese orden de ideas, y con base en los lineamientos legales se puede aproximar el concepto de estas entidades, así:

Son organismos cuyo objeto es la prestación de uno o más de los servicios públicos regulados en la ley 142 de 1994 (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural) o la realización de una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa, constituidos como sociedades por acciones, cuyo capital³³ puede ser o 100%

³² Corte Constitucional. Sentencia C-483 de septiembre 26 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente: D-1155. Actor: Luis Antonio Vargas Álvarez.

³³ **Artículo 14. LEY 142 DE 1994. DEFINICIONES.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)

estatal, o conformado por aportes estatales y de particulares, o integralmente privado.

2.2. Objeto social

El objeto de estas empresas está clara y cabalmente señalado por el legislador en el artículo 18 de la ley 142: *“La empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.”*

2.3. Composición de capital

Frente al tema de la conformación del capital de las ESP, estamos de acuerdo con lo manifestado en las providencias del Consejo de Estado: sentencia de 02 de marzo de 2006, sentencia de 27 de abril de 2006 y auto de 08 de febrero de 2007, respecto de la aplicación extensiva de la inexecutable adoptada en la sentencia C-953 de 1999.

Como ya se ha mencionado, en la sentencia C-953, se determinó que lo que hace mixta a una SEM es la participación concurrente de capital privado y público, indistintamente de la proporción de tales

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

aportes, lo propio entonces, debe entenderse para las ESP mixtas, pues en efecto, la calidad de mixtas – particularmente en materia económica y composición de capital - se adquiere siempre que la condición señalada se demuestre.

2.4. Creación de las ESP

LEY 142 DE 1994. ARTÍCULO 17. NATURALEZA. *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.*

PARÁGRAFO 1o. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.*

De lo anterior se puede concluir: **1)** que el legislador con el ánimo de salvaguardar la prestación de servicios públicos, favoreció la creación de ESP, con un objeto exclusivo determinado en la ley, constituidas como sociedades de tipo accionario y **2)** que sólo a las entidades descentralizadas, les dio además, la posibilidad de constituirse como ESP o como Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE).

La norma transcrita, en nuestro parecer, **no permitió que las ESP**, se crearan bajo dos formas a saber: **sociedades por acciones o EICE**, como lo entendió la Corte Constitucional en 1996: “Es cierto que el legislador dentro de la libertad que tiene para configurar la norma jurídica **optó por establecer que las empresas de servicios**

públicos domiciliarios fueran organizadas, en principio, como sociedades por acciones, pero ello no era obstáculo para que en ejercicio de dicha libertad pudiera igualmente determinar que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios, como lo prevé el párrafo acusado, se constituyeran como empresas industriales y comerciales del Estado,(...)" ³⁴

Este entender, no nos parece acertado, pues lo único que hizo el párrafo, del artículo 17, fue reservar la posibilidad de prestar el servicio adoptando la forma de EICE para las entidades descentralizadas, que así lo decidieran. Además, esta norma debe estudiarse en conjunto con los artículos 180 y 182 de la misma ley 142:

ARTÍCULO 180. TRANSFORMACIÓN DE EMPRESAS EXISTENTES. *Las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios a los que esta ley se refiere, se transformarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de esta ley, en un plazo de dos años a partir de su vigencia.*

ARTÍCULO 182. FORMACIÓN DE EMPRESAS NUEVAS. *Cuando la nación o las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público, deberán constituir las empresas de servicios públicos necesarias, dentro del plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la publicación de la presente ley, salvo en los casos contemplados en el artículo 6 de*

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-483 de septiembre 26 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente: D-1155. Actor: Luis Antonio Vargas Álvarez.

esta ley (PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS). A ellas podrán aportar todos los bienes y derechos que venían utilizando con ese propósito, y otros adicionales. Las nuevas empresas podrán asumir los pasivos de las entidades oficiales que prestaban el servicio, sin el consentimiento de los acreedores, pero quienes prestaban el servicio seguirán siendo deudores solidarios.

Y a la luz del artículo 2º y 3º de la ley 286 de 5 de julio de 1996, por medio de la cual se modificaron parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994:

ARTÍCULO 2o. *Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios 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 hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley.*

ARTÍCULO 3o. *Cuando las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público y no se hayan constituido en empresas de servicios públicos, según lo había establecido el artículo 182 de la Ley 142 de 1994, se les concede un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la aprobación de la presente Ley, **para que se conviertan en empresas de servicios públicos.***

Teniendo en cuenta los artículos transcritos, es evidente que lo que quiso el legislador en el párrafo del artículo 17 de la ley 142, fue en

el fondo, establecer una disposición transitoria, porque las EICE no son una clase de Empresas de servicios públicos, y por ello, la ley 286 de 1996, dispuso que la transformación, ya solo podía realizarse adoptando la forma de ESP para cualquier ente territorial.

En conclusión, las entidades descentralizadas que al momento de expedirse la ley 142 estuviesen prestando servicios públicos domiciliarios, se vieron obligadas a transformarse o en sociedades cuyo capital estuviera representado en acciones, o en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y para ello contaban con un plazo de dos años, sin embargo, dicho plazo expiró el 10 de julio de 1996. Se abrió entonces, un nuevo término de 18 meses - el 05 de julio de 1996 -, que a su vez expiró el 04 de enero de 1998, y que a la par, redujo la opción de transformación, en tratándose de entidades territoriales, única y exclusivamente en sociedades por acciones, esto es, en verdaderas Empresas de servicios públicos.³⁵

Así lo sostuvo con posterioridad la Corte Constitucional:

*“De conformidad con el artículo 180 de la Ley 142 de 1994, las entidades descentralizadas de cualquier orden **que al momento de entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 estuvieran prestando servicios públicos domiciliarios, tenían la opción de transformarse en sociedades por acciones o en***

³⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1003, 10 de septiembre de 1997, MP: César Hoyos Salazar

empresas industriales y comerciales del Estado. (...) Esta disposición fue modificada por el artículo 2 de la Ley 286 de 1996, que estableció que todas las entidades descentralizadas y demás empresas estatales que estuvieran prestando servicios públicos a constituirse en empresas de servicios públicos y redujo el plazo de transformación obligatoria a 18 meses.”³⁶ (Negrillas fuera del texto)

En efecto, el sentido de esta consecución de normas era facilitar la transición jurídica, de las empresas que en ese preciso momento prestaban los servicios públicos en cuestión, no facultar la creación de empresas cuyo objeto fuera la prestación de tales servicios para que adoptaran la forma de ESP (accionaria) ó EICE, ésta última prerrogativa se reservó a las entidades descentralizadas que vinieran prestando el servicio. En ese mismo sentido, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

“De conformidad con la Ley 286 de 1996, sólo hasta el 4 de enero de 1998 había plazo para la conformación de empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, hoy día sólo es permitido la constitución de empresas por acciones para la prestación de servicios a que se refiere la Ley 142 de 1994.”³⁷

De igual manera, se debe concluir, que si a partir de la expedición de la ley 142, una persona nueva deseaba incursionar en el mercado de

³⁶ Corte Constitucional Sentencia C-741 del 28 de agosto de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Exp. D-4405 Actor: Silvio Ruiz Grisales

³⁷ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto SSPD 600 de 2005. Servicio público: Acueducto y Alcantarillado.

la prestación de servicios públicos domiciliarios, debía adoptar la forma de ESP, que por esencia es una sociedad accionaria, no de EICE.

2.5. Naturaleza de las ESP

Superado lo anterior, es indispensable delimitar la naturaleza de las ESP, que no es otra que ser: SOCIEDADES ACCIONARIAS CON EL OBJETO DE PRESTAR SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Tal como se estudio en el capitulo anterior, la prestación de servicios públicos constituye función económica, esto es, función propiamente privada, en consecuencia la regla general, es que todos los actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean sus socios, se regulan primero por la ley 142 y subsidiariamente por las reglas del derecho privado en forma exclusiva, de acuerdo al artículo 32 de la ley 142.

Consecuente con la anterior disposición, el legislador dispuso que las ESP, se constituyeran con la forma de sociedades accionarias, pero ello no implica que se desfigure su propia naturaleza, pues en efecto, y a manera de ejemplos, toda empresa constituida como tal:

- 1.** debe seguir su nombre de las palabras *"empresa de servicios públicos"* o de las letras *"E.S.P."*,
- 2.** debe estar vigilada y controlada primariamente por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios,

- 3.** debe respetar el control de las entidades públicas, que tengan la competencia por la prestación del servicio y de las comisiones de regulación, en los casos en que éstas o alguno de los socios, soliciten el envío de actas de asamblea, balances y el estado de pérdidas y ganancias, etc.

Su composición accionaria, es entonces una disposición, que facilita el tratamiento jurídico, principalmente en materia económica, pues en efecto, en lo no regulado en el régimen de servicios públicos, se les aplican las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas (Art.19.15 Ley 142 de 1994), pero ello no quiere decir que sean sociedades anónimas, pues de haber sido esta la intención del legislador, así lo hubiera establecido concretamente.

2.6. Disposiciones especiales que regulan a las Empresas de servicios públicos domiciliarios

Con la inclusión del régimen de servicios públicos mediante la ley 142 de 1994 y la autorización para crear ESP – oficiales, mixtas o privadas - con el fin de que sean éstas, las entidades que por antonomasia presten servicios públicos domiciliarios, debe interpretarse, que la clara intención del legislador, fue establecer una modalidad de entidad especial y diferente, con un determinado tratamiento jurídico, en virtud de una disposición constitucional, expresamente consagrada con ese propósito.

Tan especialísima es la importancia de las ESP, que para ellas y para el desarrollo de sus funciones, existe todo un estatuto, cuya aplicación es primordial y preferente, no así sucede con las SEM. En

la ley 142 de 1994 y demás normas que la conforman y complementan, existen disposiciones, únicas y especialísimas, que sólo pueden aplicarse a ellas, jurídica y fácticamente hablando, entre éstas podemos destacar:

Las facultades especiales por la prestación de servicios públicos, en lo que tiene que ver con el uso del espacio público, con la ocupación temporal de inmuebles, y con la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes requeridos para la prestación del servicio (Art. 33 ley 142/94)

En caso de liquidación de las ESP, la autoridad responsable para la prestación del respectivo servicio, debe asegurar la no interrupción de la prestación del mismo, por medio de la celebración de los contratos necesarios para ese efecto, con otras empresas de servicios públicos (Art. 61 ley 142/94)

Tienen la potestad de declarar la utilidad pública anticipada por la ley en virtud de la ejecución de obras para prestar los servicios públicos y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas (Art. 56 ley 142/94)

Las ESP pueden pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias para la prestación del servicio, esto es, imponer servidumbres, además de hacer ocupaciones temporales en esos predios, y remover obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. Ello sin perjuicio de las

indemnizaciones que por ley correspondan a los propietarios (Art. 57 ley 142/94)

Así mismo, se les hacen exigencias arto particulares, como son, la celebración de contratos de concesión o la expedición de licencias para usar las aguas o el espectro electromagnético, así como la obligación de obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos de concesión, entre otras.

2.7. Control y vigilancia en la prestación de servicios públicos.

Como se ha venido sosteniendo hasta el momento las prestadoras de servicios públicos, tienen un objeto social muy particular y especialísimo, ello se refleja en la cantidad y calidad de controles que sobre tales entidades se ejercen.

2.7.1. Superintendencia de servicios públicos

La primera, y tal vez la más representativa para los usuarios es la que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos, pues es justamente ella la que promueve la participación ciudadana en lo que tenga que ver con la vigilancia y control de los prestadores de servicios públicos y quien adicionalmente, está encargada de resolver los recursos de apelación interpuestos por los suscriptores y usuarios, una vez se haya resuelto el recurso de reposición interpuesto ante el prestador del servicio.

Ellas son además, las encargadas de inspeccionar y vigilar que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplan con la Ley 142 de 1994, con sus normas reglamentarias y las que expidan las Comisiones de Regulación, de investigar las irregularidades que en el desarrollo de sus funciones, aquellas pueden presentar, y consecuentemente imponer las sanciones a que eventualmente se hagan acreedoras.

La Superintendencia es el órgano por excelencia encargado de ejercer el control que preceptúa la Carta Política:

“Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no está totalmente librada a las condiciones del mercado. Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos.

*Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan **“importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio***

estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.). Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, ya citada.³⁸

2.7.2. Las Comisiones de Regulación.

A la Superintendencia de Servicios Públicos, debe sumársele la función de vigilancia que ejercen las “Comisiones de regulación”. Estas son entidades que nacieron con ocasión de la prestación de servicios públicos domiciliarios y de la existencia misma de las ESP. Las comisiones, son unidades administrativas especiales, de creación legal que cuentan con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y que se encuentran adscritas al ministerio que corresponda en cada caso. El artículo 69 de la ley 142 de 1994 creó las siguientes comisiones:

- 1.** Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.
- 2.** Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.
- 3.** Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

Estas comisiones, fueron creadas por el legislador en desarrollo de la función constitucional de determinar la estructura de la

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 28 de agosto de 2003. Exp.D-4405. M.P. Dr. MANUEL José Cepeda Espinosa. Actor: Silvio Ruiz Grisales

administración nacional (Art.150 numeral 7 C.P.), por lo tanto hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, e integran la Administración Pública, (de acuerdo a los artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998).

Son además, verdaderos órganos especializados que tienen una estructura propia y que ejercen funciones administrativas direccionadas a regular el servicio público respectivo, siempre, de conformidad con el régimen de servicios públicos domiciliarios y previa delegación del Presidente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 70³⁹ de la ley 142 de 1994.

Las comisiones de regulación, no tienen en modo alguno, facultades legislativas, como en algunas ocasiones se ha entendido erróneamente, frente a este escenario, la H. Corte Constitucional ha manifestado:

*“En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que **la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es** lo que ha considerado alguna*

³⁹ **“ARTÍCULO 70. LEY 142 DE 1994. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.** Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, **en el evento de la delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso,** previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta ley.

70.1. Comisión de Regulación.

a) Comité de Expertos Comisionados.

70.2. Coordinación General.

a) Coordinación Ejecutiva.

b) Coordinación Administrativa.

70.3. Áreas Ejecutoras.

a) Oficina de regulación y políticas de competencia.

b) Oficina Técnica.

c) Oficina Jurídica.” (Negrillas fuera del texto)

parte de la doctrina, es decir, **un instrumento normativo para "completar la ley", o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado**, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República - y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (artículo 113 *Ibidem*), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, numeral 10, C.P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas."⁴⁰ (Negrillas fuera del texto)

Si bien es cierto las comisiones de regulación intervienen en los servicios públicos, su finalidad NO es llenar vacíos legales, sino preservar el equilibrio en la competencia, para evitar eventuales abusos de la posición dominante, regular el funcionamiento de los monopolios en la prestación de los servicios públicos cuando la competencia no sea, fácticamente, posible, y de esta manera, asegurar la producción de servicios de calidad y defender los derechos de los usuarios.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de seis (6) de septiembre de dos mil (2000). Expediente D-2863. Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Actor: Alcides Arrieta Meza

En este ejercicio, las comisiones de regulación tienen a su cargo importantes funciones, como son:

- Hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y facultar en un término de 15 días, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás (Art. 31 Ley 142/94)
- Obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario (Art. 18 Ley 142/94)

Adicionalmente, las funciones generales establecidas en el artículo 73 y las funciones especiales del artículo 74 de la ley 142 de 1994, de las primeras nos permitimos resaltar:

- Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:
 - a.** Competir deslealmente con las de servicios públicos;
 - b.** Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;

c. Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen. (Art. 73 Nral.2)

- Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio. (Art. 73 Nral.4)

- Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia. (Art. 73 Nral.10)

- Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre. (Art. 73 Nral.11)

- Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus

servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia. (Art. 73 Nral.13)

- Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios. (Art. 73 Nral.14)

Para concluir, es importante precisar que las Comisiones de Regulación tampoco tienen la función de autorizar el funcionamiento de ESP, sólo deben impartir autorización previa para adelantar actividades cuando explícitamente lo disponga la ley. Contraria manera, sí tienen la facultad de pedir y recibir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos regulados en la ley 142, aún cuando sus tarifas no estén sometidas a regulación, en consecuencia, pueden imponer por sí mismas las sanciones correspondientes, cuando no se atiendan en forma adecuada sus indagaciones.

2.7.3. Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios

Existe además, sobre los prestadores de servicios públicos una clase de control privativo y particularmente importante, cual es, el control social. Esta clase de control está contemplado en el artículo 62 de la ley 142, y establece que en todos los municipios deberán existir "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios", que estarán compuestos por usuarios, suscriptores o

*JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS*

suscriptores potenciales de los servicios públicos domiciliarios, que se presten.

CAPITULO III

DIFERENCIAS ENTRE LAS SEM Y LAS ESP MIXTAS Y POSICION JURISPRUDENCIAL FRENTE AL TEMA

1. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LAS SEM Y LAS ESP MIXTAS

No es procedente afirmar que *no existe semejanza alguna entre las sociedades de economía mixta y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios mixtas*, como tampoco lo sería decir, que entre las entidades descentralizadas, no existen, entre ellas mismas, algunas disposiciones que comparten su fundamento constitucional, o las normas legales que informan su estructura y funcionamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que pretende el presente estudio, es demostrar, que equiparar las SEM y las ESP mixtas a un mismo plano jurídico, no puede ser, ni constitucional, ni legalmente aceptable, a fin de afirmar que por tal equiparación las ESP mixtas hacen parte del sector descentralizado por servicios, cuyas controversias están, en virtud del criterio orgánico, sujetas a la jurisdicción contencioso administrativa.

Estas dos clases de entidades, no pueden equipararse, porque la naturaleza que las informa es diferente, y pese a que la potestad exclusiva de regular su tratamiento radica en cabeza del legislador, debemos empezar por decir, que dicha facultad proviene de una

disposición constitucional diferente. En ese orden de ideas, mientras la potestad reguladora del las SEM está dada al órgano legislativo en el artículo 150 numeral 7 de la C.P., para el régimen de servicios públicos, aquella está contenida en el artículo 365 y siguientes de la C.P. El siguiente cuadro, pretende ilustrar algunas semejanzas entre las SEM y las ESP mixtas, así como las principales diferencias, a las que hacemos alusión:

ENTIDAD	SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS
LEYES	<i>Ley 489 de 1998; Código de Comercio: Libro II y Decreto 130 de 1976</i>	<i>Ley 142 de 1994; Código de comercio. Capítulo de las Sociedades Anónimas</i>
DIFERENCIA	1. CONSTITUCIÓN	
	<p>Pueden constituirse bajo cualquiera de las formas previstas para las sociedades comerciales establecidas en el Código de Comercio (C.Co.)</p> <p>Adicionalmente, tienen un título especial dedicado a su regulación en el C.Co., y otro en la ley 489 de 1998.</p> <p>En lo no previsto en aquellas normas, a las SEM deben aplicarse, en cuanto fueren compatibles, las demás reglas del libro de las sociedades comerciales del C.Co., y subsidiariamente las normas de la sociedad, cuya forma adopten (por acciones, Ltda., etc.)</p>	<p>Las ESP en general se rigen por la ley 142 de 1994, en ésta, el legislador siempre se refiere a ellas por ESP, en términos generales, no hace diferenciaciones, en cuanto al tratamiento de las que sean oficiales, mixtas o privadas, haciendo así, evidente que éstas últimas, son especies del genero ESP.</p> <p>Adicionalmente, en lo no regulado en esta ley, y en lo que tenga q ver con su comportamiento societario se rigen por las reglas del C.Co., pero solo frente a lo regulado para las sociedades anónimas. (Art. 19.15. Ley 142/94)</p>

JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS

SEMEJANZA	2. REGIMEN DE DERECHO	
	Su régimen es de Derecho Privado, salvo excepciones legales	
SEMEJANZA	3. CONFORMACION DEL CAPITAL	
	Su capital está conformado por aportes concurrentemente estatales y privados.	
DIFERENCIA	4. OBJETO SOCIAL	
	Su objeto debe ser el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial, cualquiera de las que se trate.	Su objeto social es único: prestación de servicios públicos domiciliarios o una de sus actividades complementarias o una y otra cosa. Tan particular es este objeto, que se encuentran obligadas a obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias, pertinentes para poder desarrollarlo.
DIFERENCIA	5. FRENTE A LA PARTICIPACION ESTATAL	
	Siempre que en una SEM, los aportes estatales alcancen el noventa por ciento (90%,) o más del capital social, estas deben someterse a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado. (Artículo 464. C.Co y decreto 130 de 1976) Cuando la totalidad de las acciones terminen por ser propiedad de una o varias entidades públicas, la SEM se convertirá, automáticamente, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en Sociedad entre entidades públicas, según corresponda. Sin exigir más, que la eventual modificación de los estatutos, en la forma a que hubiere lugar. (Artículo 101 de la ley 489 de 1998)	Cabe preguntarse cuál es el tratamiento que debe dársele a una ESP mixta cuando el noventa por ciento (90%,) o más del capital social reposa en cabeza del Estado, en este caso la ESP, sigue funcionando como ESP, y sigue sometida al régimen de servicios públicos, sin que pueda decirse que por ser una especie de SEM se someterá al régimen de las EICE. Ahora bien, si la totalidad de las acciones llegaran a reposar en cabeza del Estado, lo más prudente y acorde a la constitución y la ley, sería que fuera observada como una ESP oficial, no como una EICE, pues en efecto el objeto a desarrollar, de la primera, seguirá siendo el mismo.

JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS

		De aceptar que la transformación en EICE fuera posible, sin atender a los criterios de naturaleza de las ESP, se tendría que de todas formas tal transformación, está proscrita por cuanto el tiempo para poderla realizar ya precluyó. ⁴¹
DIFERENCIA	6. REGIMEN DE CONTRATACION	
	El régimen de contratación de las SEM está estipulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en este aspecto la ley 1150 de 2007 que lo modificó, dispuso que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. (Art. 14 ley 1150/07)	El régimen de contratación de las ESP está consagrado en el ARTICULO 31 DE LA LEY 142/94. En él se dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios 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.
	El artículo 102 de la ley 489 de 1998	Sin perjuicio de lo anterior, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes

⁴¹ Según Concepto **SSPD-OJ-2005-600** de la Superintendencia de Servicios públicos, de conformidad con la Ley 286 de 1996, sólo hasta el 4 de enero de 1998 había plazo para la conformación de empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, hoy día sólo es permitido la constitución de empresas por acciones para la prestación de servicios a que se refiere la Ley 142 de 1994.

En efecto el Artículo 182 Ley 142/94 estableció un plazo de dieciocho (18) meses para que la nación o las entidades territoriales prestadoras directas de un servicio público, constituyeran las empresas de servicios públicos necesarias, plazo que posteriormente fue prorrogado por (18) meses más, mediante la ley 286 de 1996.

Cuando se trata de la formación de empresas nuevas, no es potestad estatal crear EICE para prestar los servicios públicos de que trata la ley 142/94, pues en efecto el plazo para tal efecto ya precluyó, haciéndose indispensable, que hoy la forma primaria que debe adoptar una persona jurídica, para prestar servicios públicos es de **ESP**.

	<p>establece las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.</p>	
7. REGIMEN LABORAL		
	<p>Las personas que presten sus servicios en las SEM, tienen en principio el carácter de servidores públicos según el artículo 123 de la C.P. Además, según el artículo 5º del decreto 3135 de 1968, por regla general los servidores públicos de las SEM tienen la calidad de trabajadores oficiales y por excepción pueden ser empleados públicos cuando desempeñen cargos de dirección, manejo y confianza, siempre que así lo determinen los estatutos.⁴²</p> <p>Cuando la SEM tenga un capital público superior al 90% su régimen laboral será el mismo de las EICE. En ese orden de ideas, el gerente o representante legal de una SEM podría ser elegido por la junta directiva, o bien podría ser un empleado de libre nombramiento y remoción, dependiendo de los estatutos</p>	<p>Las personas que presten sus servicios a las ESP privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley (Art. 41/Ley 142) En ese orden de ideas y de acuerdo al artículo 123 de la C.P. en las ESP oficiales estas personas tendrán el carácter de servidores públicos.</p> <p>Adicionalmente el artículo 27.6 de la ley 142 declarado exequible por la sentencia N° C-585 de 1995, establece que los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el Gobernador o el Alcalde, según corresponda</p>
8. CONTROL FISCAL		
SEME-JANZA	<p>Es un principio elevado a canon constitucional en los siguientes términos:</p> <p style="text-align: center;">“ARTICULO 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá</p>	

⁴² YOUNES MORENO, Diego. Derecho administrativo laboral. Editorial Temis. 10ª Edición. Bogotá, 2005

la Contraloría General de la República, la cual *vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.* (...)

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. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...)”

El control fiscal es entonces una función procedente siempre que existan bienes o fondos del estado, de por medio. En esto se asemejan las SEM y las ESP mixtas, pues en efecto en ambas participa el Estado.

En el artículo 50 de la ley 142, se regula la materia para las ESP. Frente al tema del control fiscal, la H. Corte Constitucional⁴³ ha manifestado, que el elemento determinante que permite establecer si un organismo se encuentra sujeto o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, pues en efecto, el objeto de esta disposición es proteger el patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos.

Este no es entonces un factor de diferenciación, ni para las SEM respecto de las ESP mixtas, ni para ninguna de las entidades descentralizadas, sin embargo, es imprescindible tenerlo en cuenta por la importancia que implica.

2. POSICION JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO

Nos parece importante, resaltar en este punto, la gran diferencia de posiciones adoptadas por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional, frente a la interpretación del tema.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-290 del 23 de abril de 2002. Exp. D-3740, MP. Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ. Actor: Oscar Giraldo Jiménez

2.1. Consejo de Estado

En efecto el H. Consejo de Estado en reiteradas providencias⁴⁴ - algunas de ellas citadas en el presente estudio -, ha manifestado que se debe hacer una aplicación extensiva de la sentencia C-953 de 1999, para las ESP mixtas, y entender, que éstas, son una especie de Sociedades de Economía Mixta y que por ello, las primeras pertenecen al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva.

Para el Consejo de Estado, el conocimiento de las controversias contractuales en que sea parte una ESP, siempre que sea oficial o mixta deberá corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, excluyendo las ESP privadas, que no hacen parte de la rama ejecutiva y en consecuencia están sometidas a la jurisdicción ordinaria. El Consejo de Estado, afirma que las ESP mixtas no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie, en consecuencia las ESP mixtas están incluidas en el literal f) del art. 38 de la ley 489, que precisa que integran la rama ejecutiva “*f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.*”

El anterior entendimiento del H. Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, se fundamenta en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, proveniente del pronunciamiento contenido en la sentencia C-953 de 1999. Dijo la Corte Constitucional en aquella providencia, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo

⁴⁴ Auto de febrero 17 de 2005, CP. Aliér E Hernández Enríquez. Exp. 27673; Sentencia de marzo 2 de 2006, CP. Aliér E. Hernández Enríquez, Exp. 32.302; Sentencia de abril 27 de 2006. CP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 30.096.; Sentencia de marzo 1 de 2006. CP. Aliér E. Hernández Enríquez. Exp. 21700; entre otras.

97 inciso 2 de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que concurren, forma una sociedad de economía mixta, y por lo tanto esa entidad, pertenece a la estructura del Estado.⁴⁵

Adicionalmente, sostiene el alto tribunal, que las ESP mixtas, son verdaderas SEM, por aplicación extensiva del parágrafo del artículo 7 de la ley 226 de 1995, que dispone:

"Los programas de enajenación de acciones cuya titularidad corresponda a las entidades territoriales, de las sociedades de economía mixta tele asociadas, en las cuales exista participación de capital de Telecom, solo podrán ejecutarse a partir de 1o. de enero de 1998."

La norma transcrita en el entender del H. Consejo de Estado, significa que *"las empresas mixtas de SPD son precisamente sociedades de economía mixta, de manera que en esta ley la calificación o el reconocimiento es expreso, y eso debe reflejarse en la claridad que debe tener el tema."*⁴⁶ Para nosotros, la norma citada, es tan solo una desatinada manifestación del legislador, que carece de técnica, y crea una evidente confusión, al otorgarle a entidades prestadoras de servicios públicos, la calidad automática, de sociedades de economía mixta. Respecto de esta interpretación, en salvamento de voto de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, al auto de la sección tercera del 07 de febrero de 2007, manifestó:

⁴⁵ Consejo de Estado. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Dr. ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 08 de febrero de 2007. Radicación 30903. Actor: UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS

⁴⁶ Ibídem

“(...)

*ij) esta norma hace referencia a una **tipología institucional inexistente como género en la estructura y organización de la administración pública: “las sociedades de economía mixta teleasociadas”**, terminología usada en forma imprecisa por el legislador que en nada afecta la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas;*

ii) el objeto de la ley 226 fue desarrollar el artículo 60 de la Constitución, esto es, la democratización de la titularidad de las acciones del Estado en empresas en las que tenga participación y en modo alguno dictar normas sobre la organización y funcionamiento de la administración pública, como tampoco la de establecer el régimen de los servicios públicos domiciliarios, (...)”

La posición mayoritaria, aunque no unánime⁴⁷, del H. Consejo de Estado, ha sido entonces, que las ESP mixtas son una especie de SEM. Por supuesto, tales pronunciamientos de gran importancia, fueron realizados con anterioridad, al pronunciamiento del H. Corte Constitucional, frente a la constitucionalidad del Artículo 14 de la ley 142 de 1994.

⁴⁷ Se encuentra, que en las providencias dictadas por este alto Tribunal frente al tema en cuestión, siempre hay un salvamento de voto, emitido en el mismo sentido, por parte de la Magistrada de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

2.2. Corte Constitucional

En efecto la H. Corte, a finales del año 2007, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 14 *ibídem*, y en tal pronunciamiento, elaboró una interpretación, que a nuestro modo de ver, sorprende y que adicionalmente, le da un giro completamente diferente a la materia. Extractamos los que se consideran, son los principales argumentos, para posteriormente referirnos a este nuevo lineamiento jurisprudencial:

*“(...) de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, **la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial;***

(...)

*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."⁴⁸ (Negritas y subrayas fuera del texto)

Éste pronunciamiento de la Corte Constitucional, deja sin piso la aplicación extensiva de la sentencia C-953 de 1999, adoptada por el Consejo de Estado, para las ESP mixtas. En efecto la Corte manifestó, que las ESP no son una clase de SEM, en los siguientes términos:

"5.2. Las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta.

5.2.1 Según se dijo ad supra, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad.

(...)

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

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007. Exp. D-6675 y D-6688. M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Actores: David Suárez Tamayo, Paula Arboleda Jiménez y otros

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 actividad.⁴⁹ (Subrayas fuera del texto)

En el estudio de constitucionalidad parcialmente transcrito, y que resultó en la declaratoria de exequibilidad del artículo 14 de la ley 142 del 94, la Corte, además de esclarecer la naturaleza especialísima de las ESP, dijo que la intención del legislador en tal norma, era en efecto, crear tres nuevas entidades:

Artículo 14: (...)

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen

⁴⁹ Ibídem

someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

En ese orden de ideas, para la H. Corte, una ESP privada es, en efecto, una entidad en donde MAYORITARIAMENTE PARTICIPA EL CAPITAL PRIVADO, no donde la totalidad de la composición accionaria es de particulares.

En consecuencia, para la H. Corte, el conocimiento de las controversias en que sea parte una ESP, sea oficial, mixta o privada – repetimos, entendida esta última como la que posee capital particular mayoritario, no absoluto - siempre radicará en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues para ésta Corporación, se trata de entidades con una naturaleza jurídica única y bien definida, en donde debe entenderse que hasta las ESP privadas definidas en esta ley, hacen parte de la Rama ejecutiva, por la especialidad que reviste el objeto social que desarrollan.

Es decir que las ESP oficiales, mixtas y privadas, todas ellas, se encuentran contempladas en el literal d) del artículo 38 de la ley 489, cuando el legislador hizo referencia a las “*d) Las empresas sociales del Estado y las **empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.***” (Se subraya lo referido)

Al respecto encuentra la H. Corte, lo siguiente:

“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.**

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. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

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.

(...) 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(...)*⁵⁰ (Subrayas fuera del texto)

El aporte de esta sentencia es muy valioso, puesto que clarifica el tema de la naturaleza jurídica de las ESP, ya la superintendencia de servicios públicos domiciliarios, entidad a la que de una u otra manera debe reconocérsele su experiencia en el tema, había sostenido con anterioridad y en repetidas ocasiones⁵¹, que las ESP mixtas no podían asemejarse a las SEM, ya que estas entidades gozaban de naturalezas diferentes.

2.3. La contraposición de la jurisprudencia de las altas cortes – Consejo de Estado vs Corte Constitucional –

Visto lo anterior es ineludible concluir, que las posiciones del H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional se contraponen, pues mientras para el primero son las ESP oficiales y mixtas las que hacen parte del sector descentralizado por servicios, para la segunda son las tres clases de ESP, las que a su vez lo conforman, ambas corporaciones atienden en este sentido, interpretaciones, con fundamentos de derecho diferentes.

No parece haber problema jurídico alguno, frente al tema de competencia de las ESP oficiales, pues en efecto el legislador las contempló concretamente en el artículo 38 de la ley 489.

⁵⁰ *Ibídem*

⁵¹ Conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Nos. OJ-2005-597, OJ-2005-159 Y OJ-2005-275.

Sin embargo, ahora la H. Corte Constitucional, viene a incluir por vía jurisprudencial a las ESP privadas definidas en la ley 142, en el sector descentralizado por servicios, aduciendo que en ellas existe efectivamente capital público, y atendiendo, en nuestro concepto, a un criterio primordialmente exegético y no lógico⁵², como lo pretende hacer ver, la sentencia C-736 de 2007.

Para esclarecer este punto, parece conveniente recordar la redacción del inciso segundo del artículo 97 de la ley 489, declarado inexecutable: “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social,” y el del artículo 14.6 de la ley 142 de 1994: “14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%”. Ambas normas, contenían una redacción idéntica en su sentir, ¿por qué en el presente asunto a una misma situación de hecho –es decir respecto de la disposición legal- se aplicó una solución diferente en derecho?

⁵² Recordemos al profesor ARTURO VALENCIA ZEA quien en su libro Derecho Civil: “Parte general y personas”. Editorial TEMMIS. Decimoquinta edición. Bogotá, 2002. Pág. 113 manifiesta que el uso del método lógico implica averiguar lo que el legislador quiso al elaborar el texto, los fines que persiguió, las necesidades que pretendió satisfacer.

En la sentencia C-736, la Corte, fundamenta su interpretación de las normas demandadas, en el método lógico, pretendiendo apelar, a la intención que el legislador y el constituyente perseguían, con la inclusión de las normas, que regulan la materia que aquí se estudia.

Si bien es cierto, la H. Corte manifestó que en el caso de las ESP mixtas, por su especialísima naturaleza, la norma debía conservarse como tal, no se entiende en donde quedaron definidas las “verdaderas empresas de servicios públicos domiciliarias privadas”, pareciera ser, que si se acogiera en su integridad el contenido de la sentencia C-736, las ESP privadas “privadas”, no están cobijadas por el régimen de servicios públicos domiciliarios o la Corte entendiera que existen no tres, sino cuatro clases de ESP: las oficiales, mixtas, privadas y una cuarta que tendríamos que denominar privadas privadas. Evento que crea, a todas luces, una situación bastante confusa, no pretendida por el legislador.

La Corte sostiene en tal sentencia, que caerán en la jurisdicción contencioso administrativa todas las **“empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública”**, esto en efecto crea confusión, una interpretación que sostenga que tanto en las mixtas como en las privadas existe participación pública, desarticula el contenido del artículo 14 de la ley 142.

En conclusión, frente a este punto específico, debemos insistir que tanto el inciso 2º del artículo 97 de la ley 489 como el artículo 14.6 de la ley 142, contenían el mismo yerro de redacción del legislador declarado en la sentencia C-953/99, para la primera norma referida. Concluir que las ESP privadas, de que trata la ley 142 son en realidad mixtas pero con mayoría de aportes estatales, es una interpretación que trae serias confusiones y genera tremenda inseguridad jurídica para los administrados y para los mismos jueces encargados de dirimir los conflictos en que estas sean parte.

Consideramos entonces, que una ESP privada es privada porque en ella no concurre capital público, una ESP es mixta entonces, porque debe concurrir en ella capital privado y estatal, en éste único sentido encontramos muy conveniente y acertado considerar que el pronunciamiento de la sentencia C-953 de 1999 opera para las ESP mixtas, sin embargo, esto no las hace especies de SEM.

La ESP seguirá siendo tal, por su objeto, independientemente del capital que la forme, esta última característica –el capital- sólo permite, diferenciar **tres clases** de ESP: las oficiales, las mixtas y las privadas.

2.4. Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas –Parte integrante o no, del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva –

Volviendo al tema de la estructura del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, es preciso concluir, que en éste, el legislador sólo incluyó a las Empresas de Servicios Públicos oficiales en el literal *d)* del artículo 38 de la ley 489 de 1998. No es viable entonces, y menos frente a un tema que reviste tan delicada importancia como es el de la jurisdicción, elaborar interpretaciones innecesarias, donde el legislador fue explícito y claro.

Lo primero en este punto, sea enfatizar que entre las SEM y las ESP mixtas, no puede existir una relación de género a especie, estas dos clases de entidades tan solo comparten una característica de

conformación de su capital, que si bien es cierto para las primeras es su característica fundamental, para las segundas no lo es.

Ahora bien, entendido que las ESP mixtas no son una clase de SEM, y al no haber sido aquellas contempladas como integrantes de la rama ejecutiva, el conocimiento de sus controversias no puede estar sujeto a la clausula general de competencia (Art. 82 CCA) de la jurisdicción contenciosos administrativa.

Las ESP mixtas tampoco pueden entenderse incorporadas al sector descentralizado por el literal *d)* del tan mencionado artículo 38º, que hace referencia a las ESP oficiales, porque de haberlo querido así el legislador, hubiese hecho referencia a las **Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios** en forma general, para incluir a cualquier clase de entidad que revista esa forma, sin importar el capital que la componga.

3. POSICIÓN DOCTRINAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS –AUTORIDAD EN LA MATERIA –

De acuerdo a lo esgrimido hasta aquí, parece haber sido la *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*, entidad que tiene experiencia respecto del objeto de estudio, la única que desde tiempo atrás ha defendido uniformemente una misma posición. Tal posición, que viene a identificarse con la que hoy sostenemos, se ha mantenido en el tiempo y hasta reciente data, en los siguientes términos:

*“las empresas de servicios públicos mixtas **conforman una categoría diferente de las sociedades de economía mixta** agrupadas dentro del sector descentralizado en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en razón a que de conformidad con el literal d) del numeral 2º del artículo 38 *ibídem*, **las únicas empresas de servicios públicos que integran el sector descentralizado por servicios de la administración pública son las empresa oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las cuales la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquella o estas, tienen el 100% de los aportes.**”⁵³*

En igual sentido, los reiterados pronunciamientos de la Consejera de Estado, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, frente a los cuales ha sido reiterativa en manifestar que:

“(...) conforme a la normatividad vigente no es posible afirmar que las empresas de servicios públicos mixtas configuran una nueva “modalidad” de sociedad de economía mixta, porque de acuerdo con el marco constitucional y legal constituyen un tipo del género “empresa de servicios públicos domiciliarios”, categoría especial propia del régimen de los servicios públicos domiciliarios con clara diferencia frente a las entidades descentralizadas por servicios.

(...)

(...) no tiene competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de los litigios y controversias que

⁵³ Concepto SSPD OJ - 199 - 2007 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en:
[http:// basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/notindexed/2007/](http://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/notindexed/2007/)

se susciten con ocasión de la actividad contractual de las empresas de servicios públicos mixtas en tanto, de conformidad con el citado artículo 82 del C.C.A., tal y como quedó después de la modificación introducida por la ley 1107, la jurisdicción en lo contencioso sólo conoce de controversias y litigios originados en la actividad de entidades públicas y las empresas de servicios públicos mixtas, evidentemente no lo son.”⁵⁴

En el citado salvamento de voto, la Dra. Ruth Stella Correa ha hecho referencia a la posición de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a otros sectores doctrinales:

*“(…) En el mismo sentido, por vía de doctrina (art. 25 del Código Civil y art. 25 del C.C.A.), se ha pronunciado de manera uniforme la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta entidad, en concepto SSPD 164 de 2001, dejó en claro que las empresas de servicios públicos mixtas conforman una categoría diferente de las sociedades de economía mixta agrupadas dentro del sector descentralizado en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, toda vez que de conformidad con el literal d) del numeral segundo del artículo 38 **ibídem**, **las únicas empresas de servicios públicos que integran el sector descentralizado por servicios de la administración pública son las empresas oficiales de servicios públicos.***

⁵⁴ Salvamento de voto de RUTH STELLA CORREA PALACIO al auto del 07 de febrero de 2007, proferido por la Sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

*En sentido similar al expresado en este voto particular, la doctrina nacional se ha pronunciado. Así el profesor César Hoyos, luego de realizar un paralelo entre las sociedades de economía mixta y las ESP mixtas, concluyó que estas últimas no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público: “las sociedades de economía mixta son organismos del sector descentralizado por servicios, al igual que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, mientras **las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público**” (se subraya)”⁵⁵ (Negrillas fuera del texto)*

Por último es importante precisar para que no haya lugar a confusiones, tal como se esgrimió en el primer capítulo, que si bien es cierto la ley 1107 de 2006 mantuvo las competencias establecidas en las leyes 712 de 2001 y 142 de 1994, esta última siendo la que nos ocupa, no contiene una regla general de competencia.

La ley 142 solo establece tres normas claras y específicas de competencia, que prevalecen sobre la ley 1107 de 2006: **1)** en la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de los procesos adelantados por el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público (*Art. 130/Ley 142*), **2)** en la jurisdicción contencioso administrativa, lo referente a contratos y actos en los que se ejerciten cláusulas exorbitantes (*Art. 31/Ley 142*) y **3)** nuevamente en la jurisdicción contencioso administrativa, lo que tenga que ver con las facultades legales y especiales concedidas por la prestación de servicios públicos (*Art. 33/Ley 142*), tales como el uso del espacio

⁵⁵ *Ibídem*

público, la promoción y/o constitución de servidumbres, la ocupación temporal de inmuebles y la enajenación forzosa de bienes requeridos para la prestación del servicio.⁵⁶

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección tercera. Auto del dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Rad. 29.745. CP. **RUTH STELLA CORREA PALACIO**. **Actor:** INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA

CONCLUSIONES

- 1.** El criterio determinante de la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, es el criterio orgánico, que implica la identificación de la naturaleza jurídica de las entidades parte dentro de una controversia, para así poder definir el juez competente. Es decir, que siempre que en un litigio una de las partes este conformada por una o más entidades públicas, el juez que deberá conocer es el **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, conforme a la cláusula general de competencia establecida por la ley 1107 de 2006 que modifico el artículo 32 C.C.A.
- 2.** El primer elemento normativo al que se debe acudir para determinar la naturaleza pública o privada de una entidad es el artículo 38 de la ley 489 de 1998, y si bien es cierto su enumeración no es taxativa, si es la primera que fija el alcance del criterio orgánico de competencia.
- 3.** Las Empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP– son entidades autónomas, de naturaleza propia, reguladas por la ley 142 de 1994, creadas con un objeto único, (la prestación de servicios públicos domiciliarios, que por esencia es una función económica propia de los particulares), que en consecuencia, deben estar establecidas para ese fin particular y por eso, son especialmente vigiladas por el Estado a través de la

Superintendencia, de las Comisiones de Regulación y de la misma comunidad.

4. Entre las SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA y las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS no existe una relación de género a especie como lo entendió el H. Consejo de Estado, porque pese a que comparten los lineamientos dados por la corte constitucional en la sentencia C-953 para las SEM, única y exclusivamente respecto de la composición de su capital, la naturaleza jurídica de estas dos clases de entidades es diferente y diferenciable, en lo que tiene que ver con su régimen, control y vigilancia y principalmente, con su objeto social.
5. Las Empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP– son de tres clases: **oficiales, mixtas y privadas**.
 - 5.1. Las *privadas* son las de composición netamente de particulares,
 - 5.2. las *mixtas* son aquellas en que concurren capital privado y público independientemente de su proporción, y
 - 5.3. las *oficiales* son aquellas que en un 100% pertenecen al Estado, entidades territoriales y/o entidades descentralizadas.

No como lo entendió la H. Corte Constitucional, cuando en sentencia C-736 manifestó, que las ESP privadas de la ley 142, en efecto están también conformadas por capital mayoritariamente público y privado en menor medida,

desconociendo la existencia en la ley 142, de las ESP privadas “privadas”.

6. En ese orden de ideas, el legislador solo incluyó como parte del sector descentralizados por servicios a las ESP oficiales, y entonces, solo respecto de ellas el juez competente es el de la jurisdicción contencioso administrativa.

7. Si bien es cierto el artículo 32 C.C.A., preservó las competencias establecidas mediante la ley 142 de 1994, esta última, no contiene una regla general de competencia, solo establece tres disposiciones específicas de tal naturaleza, a saber:

7.1. *Artículo 31 inciso segundo de la ley 142/94:* conocerá la jurisdicción contencioso administrativa, siempre que los actos y contratos contengan cláusulas exorbitantes.

7.2. *Artículo 33 de la ley 142/94:* conocerá la jurisdicción contencioso administrativa de los actos desplegados en virtud de las facultades especiales por la prestación de servicios públicos (servidumbres, ocupación temporal de inmuebles, uso de espacio público, etc.)

7.3. *Artículo 130 de la ley 142/94:* conocerá la jurisdicción ordinaria del cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público.

8. Finalmente, las ESP mixtas no hacen parte de la estructura orgánica del Estado, en consecuencia no son verdaderos entes

*JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS*

estatales y por tanto sus controversias, como se ha mencionado deben corresponder a la Jurisdicción Ordinaria. de acuerdo al ordenamiento vigente y particularmente, a la cláusula general de competencia del artículo 32 CCA. En ese orden de ideas, el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, no tiene razón de ser, en tanto en esta materia el legislador fue bastante claro, en incluir solamente a las ESP oficiales en el sector descentralizado por servicios.

BIBLIOGRAFIA

ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. Teoría aplicada de la jurisdicción. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá - 2004

ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios: Legislación y jurisprudencia. Ed. Biblioteca jurídica DIKE. Primera edición, Bogotá - 2003

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo, “Elementos básicos del régimen Constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios”, Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá. Bogotá - 1998

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo I. Novena Edición. Bogotá, 2005

MORENO, Luis Ferney. Servicios públicos domiciliarios. “Perspectivas del derecho económico” Universidad Externado de Colombia – 2001

PALACIOS MEJIA, Hugo. El derecho de los servicios públicos. Derecho vigente; Bogotá – 1999

PRAT A. Julio, “Los Servicios Públicos”, En: El Derecho Administrativo en Latinoamérica II, Ediciones Rosaristas, Bogotá - 1986

RODRIGUEZ R. Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Editorial Temis. Bogotá - 2005

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Actualidad jurídica. Tomo IV. Superintendencia de servicios públicos. 1ª Edición. Bogotá - 2001

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil: "Parte general y personas". Editorial TEMMIS. Decimoquinta edición, Bogotá - 2002

WILCHES DONADO, Oscar. Empresas de servicios públicos: tipología de un nuevo modelo societario. Editoriales jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA. Bogotá - 2004

YOUNES MORENO, Diego. Derecho administrativo laboral. Editorial Temis. 10ª Edición, Bogotá - 2005

PROVIDENCIAS JUDICIALES

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. **Auto de 23 de septiembre de 1997. Radicación S-701.** Actor: DIEGO GIRALDO LONDOÑO

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE. **Auto de nueve (9) de marzo 2000. Radicación 16661.** Actor: LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE. **Auto de ocho (8) de febrero de 2001. Radicación 16661.** Actor: LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. Consejero Ponente: DR. ALIER EDUARDO HERNANDEZ. **Auto de 17 de febrero de 2005. Radicación 27673.** Actor: RODRIGO VILLAMIL VIRGÜEZ

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: Dr. ENRIQUE GIL BOTERO. **Auto de 08 de febrero de 2007. Radicación 30903.** Actor: UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. **Auto del dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Radicación 29745.** Consejero ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. **Concepto del 10 de septiembre de 1997.** Radicación No. 1003. CP. César Hoyos Salazar

CORTE CONSTITUCIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-357** del once (11) de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Expediente D-564.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-585** del 12 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia **C-953** de 01 de diciembre de 1999 MP. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-1162** del 06 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-290** del 23 de abril de 2002. Exp. D-3740, MP. Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia **C-389** del 22 de mayo de 2002. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Exp. D-3765

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-741** del 28 de agosto de 2003. MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Exp. D-4405.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-722** del 12 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia **C-736** del 19 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-578 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia de (27) veintisiete de febrero de 1975. M.P. Dr. LUIS SARMIENTO BUITRAGO

PÁGINAS WEB

<http://www.superservicios.gov.co/>

<http://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/index.shtml>

<http://www.acuacar.com/sites/portafolio/?q=node/45>

<http://www.ramajudicial.gov.co/>

<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>

<http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/>

<http://www.telefonica.com.co/>

<http://www.codensa.com.co/>

<http://www.acueducto.com.co/wpsv5/wps/portal>

<http://www.telmex.com.co/>