



**INCIDENCIA DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN
ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE
SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS**

Autor:
Valentina Patiño Cardona

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:
Magíster en Derecho Contractual Público y Privado

Directora: Ángela María Medina Panqueva

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado
Bogotá, Colombia, 2017

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
CAPÍTULO I.....	7
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS Y LA APLICABILIDAD DE UN RÉGIMEN CONTRACTUAL DE DERECHO PRIVADO	
Introducción.....	7
I. Régimen jurídico de los servicios públicos, su concepción teórica y caracterización.....	9
A. La Concepción teórica	9
B. Régimen jurídico y caracterización.....	12
II. De los prestadores de servicios públicos, una mirada en el derecho colombiano y en el comunitario europeo	26
A. El caso colombiano.....	26
B. El caso comunitario Europeo.....	36
III. Dos interrogantes por precisar: i) ¿La definición del régimen jurídico aplicable al prestador de servicios públicos depende de su naturaleza jurídica? ii) La prestación de servicios públicos ¿implica el ejercicio de función administrativa?.....	48
A. Los prestadores y el régimen de los servicios públicos domiciliarios.....	49
B. ¿La prestación de servicios públicos implica el ejercicio de función administrativa?.....	59
IV. La afirmación de sometimiento de las ESP Mixtas a un régimen especial. Análisis del régimen contractual privado como corolario del régimen especial y criterios de interpretación del régimen contractual.....	65
Conclusiones.....	70
CAPÍTULO II.....	72
INCIDENCIA DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ESP MIXTAS	
Introducción.....	72
I. La igualdad como principio de la función administrativa.....	74
II. Alcance del principio de igualdad en los servicios públicos domiciliarios y restricciones que ejerce sobre la contratación de las ESP Mixtas.....	82
III. Análisis sobre la justificación o no de las restricciones impuestas por el principio de igualdad a la contratación de las ESP Mixtas.....	104
Conclusiones.....	117
Referencias Bibliográficas.....	119

INCIDENCIA DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS

Resumen

Un asunto problemático en el estudio de la contratación de las entidades públicas, que ha dado lugar a la interpretación de las normas que lo rigen, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, es el que atañe al régimen contractual de las denominadas empresas de servicios públicos mixtas (En adelante ESP Mixtas), como quiera, que pese a que el legislador, con fundamento en la Constitución Política de 1991, estableció que su contratación se sujeta al derecho privado, el mismo legislador decidió posteriormente, que le son aplicables principios de función administrativa, lo que implicó el surgimiento de tensiones entre el derecho privado y el derecho público y, en consecuencia, una marcada dificultad para determinar cuál es el alcance de la aplicación de dichos principios y cómo limitan la libertad contractual de las empresas mencionadas. Lo que tal y como lo señala Montaña (2003a) ha valido para que se considere que “el panorama jurídico positivo del régimen de los contratos en los servicios públicos, se caracterice con una expresión: confusión” (p.5).

Esa dualidad en el régimen envuelve conflictos en la contratación de las ESP Mixtas, dado que puede tener interpretaciones diferentes por parte de los operadores de la actividad contractual, los organismos de control y los jueces, al no existir una línea completamente clara de las acciones que deben llevarse a cabo dentro de la actividad contractual para cumplir con los principios de la función administrativa, con efectos **algunas** veces restrictivos de la competencia en un mercado abierto a la participación de empresas completamente privadas, en teoría no obligadas a aplicarlos, o por el contrario, vulneradores de los mencionados principios al desconocer su contenido y alcance.

Es por ello que se hace necesario un estudio para determinar el alcance que el principio de igualdad tiene en la contratación de las ESP Mixtas en Colombia y contribuir con aportes críticos al respecto, como quiera que no existe una posición desarrollada ni consolidada acerca de las limitaciones que el mismo le impone a esta clase de empresas.

Esta investigación pretende contribuir a la generación de conocimiento relevante al área de estudio, objetivo que pretende abarcarse mediante el uso de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, nacionales y de derecho comunitario, que permitan soportar el examen de temáticas, tales como (i) el régimen especial de las empresas de servicios públicos en el contexto constitucional y legal Colombiano, (ii) aspectos relevantes de las relaciones contractuales sometidas al derecho privado, (iii) los prestadores de servicios públicos en el derecho comunitario y (iv) el alcance de la igualdad como principio de la función administrativa en el específico contexto de las ESP Mixtas en el derecho Colombiano. Para hacerlo se ha llevado a cabo un proceso investigativo de tipo teórico, desarrollado con una metodología deductiva con enfoque cualitativo, de tipo descriptivo y propositivo. Para la obtención, ordenación y análisis de los datos necesarios para analizar el problema planteado se ha utilizado la técnica documental revisando el contenido de la ley, las posiciones jurisprudenciales y lo señalado por la doctrina, para, finalmente, fijar un criterio propio sobre el particular, permitiéndonos afrontar esta investigación sistemáticamente para llegar a la resolución del problema jurídico propuesto a través del desarrollo de una postura crítica.

Palabras Clave

Empresas de servicios públicos mixtas, función administrativa, libre competencia, principio de igualdad, régimen contractual, régimen especial, servicios públicos domiciliarios.

Abstract

The contractual arrangements for mixed public services (hereinafter 'Mixed ESP's') have been problematic, even theoretical and practical, because of the dual interpretation of the rules applicable to such entities. That problem is based on the different rules provided by the Colombian legislator, whom, based in the 1991 Political Constitution, determined that the contractual rules for such entities will be governed by private law, but also, in a posterior rule, obliged to those entities to comply with the principles of the administrative function. This discordance implied some tensions between private law and public law, and, consequently, a marked difficulty in determining the rule that must be applied in a case, and how the application of this kind of principles can limit the Mixed ESP's contractual freedom. Montaña (2003a) pointed that "the positive legal landscape of the public service contracts regime is characterized by an expression: confusion" (p.5).

This ambiguity generates conflicts on the Mixed ESP's contractual rules, because of the different interpretations that the operators, control organisms and judges could make, for the lack of clarity about the comply of the principles of the administrative function. The above can restrict the participation of private companies in an open market, whom, theoretically, do not have to comply with the principles, or conversely, infringing those principles by not applying his content.

Consequence of behind lines, is necessary a study to determine what is the content of equality principle, in the context of Colombian Mixed ESP's contractual rules, for contribute with critical concepts, as there is no unified position or one interpretation about the limits that this equality principle enforce to such companies.

This research aims to contribute with relevant knowledge in this area, objective that will be achieved using normative, doctrinal and jurisprudential, national and international sources, that allow to support subjects such as (i) the Colombian special

rules for public service provider companies, in a constitutional and legal context, (ii) relevant points about the private law contractual relationships; (iii) the public service provider companies in the international law context, and (iv) the scope of the equality as an administrative function principle, in the Colombian 'Mixed ESP's' context. To achieve this purpose its developed a deductive methodology among a descriptive and propositional qualitative approach. The documentary technique has been used to obtain, ordinate and analyze the data for the interpretation of the problem, reviewing the content of the law, jurisprudence and doctrine, settling an own criterion, for solving, with a critical posture, the proposed juridical problem.

Keywords

Mixed public service companies, administrative function, competition freedom, equality principle, contractual rules, special regime, public utilities.

Capítulo I

Análisis del régimen especial de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y la aplicabilidad de un régimen contractual de derecho privado

Introducción

Los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado y, por lo tanto, aunque no es su deber prestarlos, sí lo es asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Al amparo y bajo el mandato de esa premisa constitucional contenida en el artículo 365 de la Constitución Política de 1991, el legislador motivó la expedición de una Ley para este sector basado en instrumentos tales como la libertad de entrada a favor de quienes quisieran prestarlos en un ámbito competitivo pero bajo un control que evitara el abuso de posición dominante y una vigilancia que impusiera sanciones eficaces para los infractores de las normas, de conformidad con esa misma línea consideró que las empresas operarían en igualdad de condiciones, sin privilegios para las que tuviesen capital oficial y regidas por regla general por normas de derecho privado (Exposición de motivos Ley 142, 1994).

Con estos antecedentes contenidos en su exposición de motivos del 21 de octubre de 1992 y publicados en la Gaceta del Congreso el 17 de noviembre de ese mismo año, se abrió paso lo que sería la Ley 142 de 1994 que desarrolló de buena manera los instrumentos y postulados contenidos en dicha exposición de motivos y afinó muchos otros como por ejemplo los orientados al régimen de contratación, que en principio se concibieron como concordantes con el para la época “proyecto de estatuto general de contratación de la administración”, pero que evolucionaron hasta convertirse en un cuerpo normativo autónomo regido bajo su propia lógica y reconducido a la aplicación

del derecho privado como regla general, con unas claras excepciones que apuntan al derecho público.

La evolución jurisprudencial que se ha tejido alrededor del régimen de los servicios públicos en la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Constitucional, da cuenta de la existencia de un sistema jurídico especial a través de decisiones que podríamos denominar como piedras angulares de este ordenamiento, dentro de las que están por ejemplo la Sentencia C-066, 1997 sobre el régimen de actos y contratos, Sentencia C-037, 2003 sobre la distinción de servicio público y función pública, Sentencia C-150, 2003 sobre la función de regulación en los servicios públicos como expresión de la intervención del Estado en la economía, Sentencia C-736, 2007 sobre la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas; junto a ellas muchas otras decisiones que conforman una línea que destaca y reconoce la especialidad del régimen y que lo desarrollan en sus diferentes componentes, ahora bien, ello nunca ha estado desprovisto de posturas que se contrarían las unas a las otras.

Por supuesto, las polémicas sobre el régimen han trascendido a la doctrina, como es natural con posturas que no son pacíficas ni homogéneas, y que han ido desde aspectos tales como la jurisdicción competente, la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras, el papel de los órganos de control fiscal sobre el patrimonio de las empresas, el régimen de los actos y contratos, los servicios públicos y la función administrativa. En su conjunto, jurisprudencia y doctrina, han desarrollado y desentrañado el régimen a través de construcciones dogmáticas que retoman la evolución del concepto de servicio público desde la perspectiva clásica hasta la actualidad para poder entender el sentido mismo de la actividad, concepto que, tanto desde la ideología de la escuela de Burdeos “que lo fundamentó, desarrolló y propagó como el centro motor del Estado” (Santofimio, 2011 p.51) hasta nuestro días en donde la concurrencia de prestadores públicos y privados no se presta para discusiones, se funda en consideraciones sociales que lo sitúan como instrumento para el mejoramiento

de la calidad de vida de los individuos y como un indicador del crecimiento de la sociedad, en el que se entiende, tal y como lo señala Atehortúa (1998) que su inherencia a la función del Estado Social de Derecho se refiere a la “obligación del Estado de intervenir la economía para garantizar que los servicios sean prestados en condiciones de eficiencia y economía a todos los sectores de la población.” (p.40).

Sobre este régimen de innegable connotación jurídica y de grandes implicaciones sociales y económicas para la vida de las personas, es justamente que pretendemos desarrollar el presente documento con especial énfasis en la actividad contractual y el impacto que sobre la misma tiene la aplicación de normas ajenas a la Ley 142 de 1994, concretamente el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre principios de la función administrativa, resaltando las incidencias y presentando argumentos que contrarían la aplicabilidad de normas como la mencionada. Adicionalmente se harán algunas referencias al derecho comunitario europeo en lo que tiene que ver con el concepto de los servicios y sus prestadores.

I. Régimen jurídico de los servicios públicos, su concepción teórica y caracterización

A. La concepción teórica.

Los servicios públicos son considerados legalmente como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 430); por su parte, el numeral 3° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 señaló que se denominan servicios públicos “los que están destinados a satisfacer necesidades

colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines” (Ley 80, 1993, art.2). Al respecto, la jurisprudencia destaca que se trata de “toda actividad tendiente a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado o de simples personas privadas” Corte Suprema de Justicia, 18/VIII/70 (citado en Corte Constitucional, T-520, 2003).

En nuestro sistema jurídico el concepto actual de servicios públicos parte de un criterio funcional, en contraposición al orgánico, que alude, de acuerdo con Atehortúa (2003), a las “actividades que los seres humanos no están en condiciones de proveerse a sí mismos y que son relevantes para la calidad de vida individual y el desarrollo social sin importar si son prestados por el Estado o por los particulares” (p. 39).

La evolución teórica del concepto de servicio público tuvo su propia dinámica en el país, pero en el viejo continente se remonta al final del siglo XIX con la escuela del servicio público, cuyos principales exponentes, León Duguit y Gastón Jèze, construyeron y pusieron en práctica hasta comienzos del siglo XX, un concepto clásico de servicio público que presentaban como toda actividad de los sujetos u órganos públicos tendientes a la realización de las necesidades de interés general (Jèze, 1948), excluyendo la posibilidad de que fuesen prestados por particulares. Al respecto, Jèze decía que “El derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”; reglas que solo podían ser aplicadas por el aparato estatal como ente llamado a satisfacer el interés general. En ese mismo sentido Duguit (1926, p.8) (citado en Matías Camargo, 2013) decía “que los gobiernos no son más que los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos” (p.45).

Ese concepto clásico de los servicios públicos hizo crisis, no solo por la generalidad con la que los concebía sino principalmente, porque limitaba su régimen en forma exclusiva al derecho administrativo cuando la realidad mostraba que el mismo Estado prestador aplicaba el derecho privado para facilitar su labor y además que acudía a los particulares para que en un esquema colaborativo atendieran la creciente demanda de servicios; la prestación de actividades económicas industriales y comerciales de interés general por parte de la Administración o de sus concesionarios bajo las normas del derecho privado o la ejecución de actividades de interés general (servicios públicos) por entidades privadas en régimen de derecho público, llevaron a que el servicio público ya no pudiera identificarse, en adelante, con una actividad de interés general desarrollada por la Administración (Medina, 2015, p. 49).

Adicionalmente, no era posible seguir concluyendo que la existencia de una empresa pública implicaba per se la prestación de servicios públicos, como quiera que el objetivo de algunas de estas empresas era sobre todo industrial y comercial y por lo tanto demasiado idéntico al de las empresas privadas de los mismos sectores (Riveró, 1984, p. 475). Así las cosas, como lo menciona Vidal (2004a), “A muchos servicios públicos o actividades de servicio público no se les somete al régimen que la teoría predicaba en la famosa ecuación servicio público igual a derecho público, sino al derecho privado” (p.289).

Así pues, la concepción de la escuela de Burdeos que pregonó que el objeto del derecho administrativo eran los servicios públicos y que los servicios públicos eran la razón de ser del Estado, fue desvirtuándose cada vez más, pues como lo señala Marienhoff (1993) decir que la “Administración como actividad estatal tienen en mira el funcionamiento de los servicios públicos carece de base porque éstos, strictu sensu, no constituyen la única actividad de la Administración fuera de ellos existe amplio margen para el desarrollo de la actividad administrativa” (p.41). Así las cosas , esa idea fue cada vez más dejándose a un lado para dar cabida a un concepto en el que las reglas del

derecho común y la participación de personas privadas en la prestación fueron cada vez menos ajenas.

B. Régimen jurídico y caracterización.

El régimen jurídico colombiano de los servicios públicos está compuesto por dos niveles, uno constitucional y otro legal, ambos constituyen el régimen especial aplicable a la prestación de esta clase de servicios. Se trata de un sistema jurídico complejo integrado por diferentes normas de rango constitucional, principalmente las contenidas en el Capítulo 5 “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, de su título XII “Régimen económico y de la hacienda pública”, pero también en los artículos 56, 86, 106, 150.23, 189.22, 289, 302, 311, 319, 334, 357; así como por las Leyes 142 y 143 de 1994, que han sido objeto de diversos pronunciamientos de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, que se ha encargado de explicar su alcance, justificar su existencia y consolidar el régimen especial aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios; como lo menciona Atehortúa (2008) “esos pronunciamientos permiten la construcción de un verdadero sistema normativo, que podría dar respuesta a las preguntas sectoriales en materia del régimen jurídico aplicable a los servicios y a las entidades que los prestan” (p. 125).

Es así como la Constitución Política de 1991 establece un nuevo punto de partida para estos servicios, poniéndose a favor de la existencia de un régimen especial para ellos, concretamente de la especie denominada servicios públicos domiciliarios, que como lo manifiesta Nallar (2010) pone a Colombia en la corriente que considera importante “la existencia de una base constitucional y legal en favor de la categoría servicio público” (p. 156), que podemos caracterizar constitucionalmente de la siguiente forma:

- (i) La Carta Política no los define y así lo ha evidenciado también la doctrina, ésta se limita a afirmar que determinadas actividades son servicios públicos dejando en claro que los domiciliarios son una especie de ese género (Palacios, 1999), eso sí, los considera ligados a la finalidad social del Estado, lo que implica que es su deber asegurar su prestación eficiente a toda la población, lo cual se justifica, de acuerdo con la Corte Constitucional, en la gran incidencia que los servicios tienen en la vida de los individuos al reconocer que “el contenido social de los fines del Estado se desarrolla con ellos, dado que se orientan a satisfacer necesidades básicas de las personas y, de ahí el vínculo existente entre su prestación y la efectividad de ciertas garantías y derechos fundamentales” (Corte Constitucional, C-389, 2002). Es por ello que la Constitución fija como objetivos de tal prestación, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas.
- (ii) En consonancia con lo anterior, autoriza el otorgamiento de subsidios por parte de la Nación, las entidades descentralizadas y a entidades territoriales como los distritos y municipios, a favor de la población más vulnerable, con el fin de que puedan cubrir las necesidades básicas relacionadas con los servicios públicos domiciliarios.
- (iii) La Constitución manda que los servicios públicos se sometan a un régimen jurídico especial a ser fijado por la ley, pues tal y como lo expresa la jurisprudencia “el constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas” (Corte Constitucional, C-066, 1997), en la que se deben establecer las competencias, responsabilidades en la prestación, cobertura, calidad,

financiación, régimen tarifario, derechos y deberes de los usuarios, régimen de protección, formas de participación, gestión y fiscalización de las empresas. Todo lo cual se compadece además con lo previsto por el artículo 150.23 de la Carta Política, que establece que le corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos.

(iv) Autoriza que la prestación de los servicios públicos se haga, bien por el Estado, en forma directa o indirecta, o por particulares (dentro de los que se entienden incluidas las comunidades organizadas). Sin embargo, mantiene en cabeza exclusiva del Estado las funciones de regulación, control y vigilancia, que no pueden ser objeto de transferencia a actores privados. Colocando entonces en cabeza del Presidente de la República, con sujeción a la ley, la fijación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos y el ejercicio, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos, del control, inspección y vigilancia de los prestadores.

(v) Garantiza los derechos de los particulares prestadores, señalando que cuando por razones de soberanía o de interés social el Estado decida a través de ley de la República reservarse determinada actividad estratégica o servicio, debe indemnizar en forma previa y plena a quienes resulten afectados por la privación del ejercicio de una actividad lícita. Es decir, la monopolización de un servicio público o de una actividad estratégica asociada a éste a favor del Estado, no es una mera decisión del ejecutivo, sino que requiere ser elevada a la categoría de ley debidamente aprobada por los miembros de ambas cámaras.

Fue así como el Constituyente dispuso la consagración de los servicios públicos, convirtiéndolos en instrumentos utilizados para acercar el Estado Social de Derecho a los ciudadanos, bajo un modelo que de acuerdo con Marín (2010) “descarta la clásica concepción monopólica en cabeza del Estado” que había probado su fracaso a través de las pesadas, costosas e ineficientes estructuras burocráticas de las prestatarías estatales, optando en su lugar por un esquema en donde el papel estatal se decanta por una función de garante por encima de la de prestador, enfocada a cumplir con esa finalidad social endilgada por la Constitución a los servicios públicos, esto es, perseguir el interés general y mejorar la calidad de vida de la población como objetivos que justifican su existencia. Pues como lo destaca Cassagne (1996) se trata de una transformación que tuvo lugar por la “quiebra del sistema estatista y autoritario que regía la economía y la vida social, caracterizado por la intervención estatal creciente, pasando en su lugar a un sistema basado en la economía de mercado” (p.97), sin desconocer la regulación.

Pero además de caracterizar los servicios, la Constitución los concibió bajo un esquema que de acuerdo con Montaña (2005) combina dos postulados que juegan un rol de peso y contrapeso; se trata de la libertad de iniciativa privada y la intervención del Estado en la economía, que aunque en principio están de lados opuestos pretenden la mejor convivencia entre la libre competencia, la economía de mercado y la ordenación del sector a través de organismos públicos encargados de regular la participación de todos los actores para prevenir o corregir los abusos del libre mercado, como por ejemplo la formación de posición dominante o de monopolios, asegurar que no existan prácticas discriminatorias en la prestación de los servicios y garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular, ello en consonancia con el modelo adoptado por nuestra Carta conocido como “economía social de mercado que reconoce la empresa como motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia, con el propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a proteger el interés general” (Corte Constitucional, C-228, 2010).

Aunque la participación en el modelo constitucional de servicios públicos de conceptos opuestos como el de libre iniciativa privada e intervención del Estado en la economía, aparentemente constituye un choque de intereses individuales versus intereses generales consagrados ambos en la Constitución (art. 333) y como lo destaca Amador (2010), “siempre hay un conflicto entre el interés público y el interés privado; mientras el primero tiene como objetivo la maximización de bienestar, el segundo busca la maximización del beneficio” (p. 217), lo cierto del caso es que dicha iniciativa privada ni siquiera en los ámbitos más relajados del mercado es absoluta y debe ejercerse como un derecho sujeto a limitaciones y responsabilidades que establecen que junto con la propiedad, la empresa tiene una función social que implica obligaciones. Así las cosas, y siendo los servicios públicos un sector con altísimo impacto en la vida de las personas, le corresponde al Estado desde el punto de vista económico y por mandato constitucional, intervenir en ellos para regular, controlar y vigilar su prestación, o como lo dirían Miranda Londoño & Márquez Escobar (2004) “el Estado actúa a través de una intervención normativa para definir las restricciones de la actividad empresarial” (p. 79).

En este caso el libre desarrollo de la actividad económica no puede ser tan amplio, como acertadamente lo concibe la Carta, pues no se trata del intercambio común y corriente de mercaderías en un escenario de oferta y demanda ordinario capaz de auto regularse, sino de la prestación de servicios asociados directamente a la calidad de vida de los ciudadanos que apuntan a la satisfacción de necesidades básicas relacionadas con la dignidad humana y la realización de los fines sociales del Estado, cuyo ejercicio implica la exposición a riesgos sociales que ameritan una intervención más intensa del Estado y, por lo tanto, un rango de acción menor de la libertad de empresa, todo esto resulta posible pues como lo señalan Uprimny & Rodríguez (2005) la nuestra es una “Constitución abierta, porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al Legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas” (p.38). Es decir, estamos en un escenario respetuoso de la iniciativa privada como fuente

para el crecimiento de la cobertura, la calidad y la continuidad de los servicios a través de la inversión en infraestructura, optimización de costos, la eficiencia en los procesos y otros desarrollos propios de la empresa privada con su correlativo derecho a obtener utilidades, pero observando las normas, planes y programas sobre la materia. Así las cosas, “la prestación de los servicios por parte de particulares está constitucionalmente protegida por las libertades económicas en los términos del artículo 333 constitucional, pero esos derechos pueden ser restringidos cuando así lo exija el interés social” (Corte Constitucional, C-741, 2003).

Es entonces el legislador, de conformidad con el mandato expreso de la Carta Política, el encargado de materializar un nuevo modelo para la prestación de los servicios públicos domiciliarios a través de la expedición de la Ley 142 de 1994, cuyo contenido refleja el desarrollo del esquema perseguido en la Constitución al establecer la competencia como el ámbito natural de sus partícipes, eso sí, sometidos todos ellos al mismo régimen jurídico sin distinguir su naturaleza.

La Ley 142 es el régimen especial que regula de manera integral estos servicios conformando un sistema jurídico que contiene los principios, las normas y la hermenéutica necesaria para, entre otros, delimitar las reglas que les resultan aplicables, definir las relaciones con otros regímenes e interpretar los vacíos de sus propias normas. Para ello se diseñó un esquema legal completo que está compuesto por principios generales; definiciones especiales; identificación de sus prestadores; el régimen jurídico de los actos y contratos; el régimen laboral de los empleados de las empresas prestadoras; el control de gestión y resultados; la toma de posesión y liquidación de las empresas; las funciones de regulación, control y vigilancia por parte del Estado; el régimen tarifario; los procedimientos administrativos; el contrato de servicios públicos; las normas especiales para algunos servicios; y otras disposiciones.

Palacios (1999) señala que allí se encuentra un régimen jurídico específico que permite construir en forma relativamente precisa un concepto de servicios públicos domiciliarios y definir múltiples relaciones jurídicas alrededor suyo (p.13).

Ahora bien, en relación con la Ley 142 de 1994 propiamente dicha, debemos destacar por su importancia cuatro aspectos generales que a su vez permitirán la revisión de los aspectos particulares más relevantes:

- (i) Se trata de una expresión de la potestad de configuración legislativa. Pero en este caso ello es relevante porque el alcance de esa potestad no es absoluto, es decir, el legislador no está habilitado para dictar una ley en los términos que libremente decida sin más consideraciones que sus propias iniciativas, dado que debe partir de los mandatos expuestos que la Constitución contempla en esta materia. Así pues, ese poder está limitado por la finalidad social a la que son inherentes los servicios, a los objetivos de bienestar general, mejoramiento de la calidad de vida y solución de necesidades insatisfechas que les fueron fijados, así como a los componentes específicos que la Constitución indicó debían estar contenidos en el régimen que fijara el legislador. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dicho que:

La facultad legislativa se encuentra limitada por la consideración de los servicios públicos como actividades inherentes a la finalidad social del Estado, por la búsqueda de la consecución de los objetivos de la intervención del Estado en la economía establecidos en el artículo 334 de la Carta y por los mandatos expuestos que el constituyente plasmó en esta materia, los cuales se relacionan con (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) (Corte Constitucional, SU-1010, 2008).

- (ii) Constituye una manifestación de la intervención del Estado en la economía, que corresponde al ejercicio de una función de regulación económica del sector de los servicios públicos, con el fin que responda a las expectativas planteadas en la Constitución, que comprende, más que objetivos estrictamente económicos, objetivos sociales ligados al mejoramiento de la calidad de vida de la población, pero en línea con sus propias particularidades, pretendiendo que las personas que participen en la prestación de estos servicios se sometan a las reglas del juego establecidas en el ordenamiento jurídico (Ley 142, 1994, art. 14.18), adecuando su conducta a las normas, principios y deberes fijados por la ley o el reglamento. Para ello se debe determinar, dado que se trata de una norma de intervención económica “los fines de dicha intervención, sus alcances y los límites a la libertad económica” (Corte Constitucional, C-867, 2001). A propósito de esos aspectos, en la Ley 142 de 1994 podemos identificar los siguientes:

- (a) La finalidad de dicha intervención que es múltiple (Ley 142, 1994, art. 2) puede clasificarse en (i) social, es decir, más vinculada con los fines del Estado Social de Derecho, enmarcada en la intervención del mercado para que las prestaciones alcancen a la mayoría de la población en el marco de la igualdad material, y (i) económica, esto es, para evitar el abuso de posiciones de poder basados en la capacidad económica o el acceso especial de los prestadores a ciertos beneficios en condiciones de desigualdad. Unas y otras se refieren, por ejemplo, a garantizar la calidad del bien objeto del servicio público, la ampliación de la cobertura, la atención prioritaria de necesidades básicas insatisfechas, la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios, la

participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de la prestación, y la fijación de un régimen tarifario equitativo, todo ello orientado a “asegurar la libre competencia y a determinar aspectos técnico operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios” (Corte Constitucional, C-1162, 2000).

(b) Los instrumentos para llevarla a cabo, es decir, atribuciones y funciones para ejercerla (Ley 142, 1994, art. 3), tales como la promoción y apoyo a los prestadores, la gestión de recursos, la fijación de metas, el control y vigilancia sobre el cumplimiento de las normas sobre la materia, la organización de sistemas de información y capacitación, la protección de recursos naturales, el otorgamiento de subsidios, el estímulo a la inversión en servicios públicos, y la garantía de que no hayan prácticas discriminatorias en la prestación.

(c) Los organismos competentes que harán cumplir el régimen fijado por la ley y que pretenden que la regulación sea continua y efectiva, estos son las Comisiones de Regulación (Ley 142, 1994, art. 69, declarado exequible por la Corte Constitucional en C-1162, 2000). En palabras de la Corte Constitucional se trata de “(i) órganos colegiados; que (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades” (Corte Constitucional, C-150, 2003).

- (iii) Se trata de una ley especial, eso sí, hay que aclarar que es una ley ordinaria, pero su aplicación prevalece sobre cualquier otra en cuanto a estos servicios se refiere, constituyéndose en la norma especial de los servicios públicos al regularlos de manera integral, persiguiendo que se acuda solamente a ella para responder a cualquier aspecto relacionado con éstos, inclusive para que los vacíos legales se salven con base en una interpretación de sus propios principios. Sobre este punto se ha dicho que:

La especialidad de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, hace referencia al objeto de su regulación y no a asuntos que podrían ser especiales en relación con otras leyes, por ejemplo en materia presupuestal la norma especial es el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en materia de control fiscal y disciplinario son las que se ocupan de esas materias y en todos los casos no puede considerarse norma especial la Ley 142. (Atehortúa, 2003, p. 68)

La doctrina, en cabeza de Atehortúa (2008), considera que ese carácter especial está contenido sobretodo en un puñado de normas en las que se concreta el llamado de la ley a los operadores jurídicos para que busquen en ella, antes que en cualquier otra, las respuestas que en derecho resulten necesarias para resolver cualquier asunto relevante para los servicios públicos. Esas normas son:

- (a) El artículo 13 de aplicación de principios generales. Es así como la misma Ley 142 establece los principios que resultan aplicables en términos generales a todos los actores de los servicios públicos domiciliarios y, especialmente, contempla la obligación de acudir a ellos para resolver los problemas de interpretación que resulten de la aplicación de sus normas. Tales principios son una piedra angular de la ley, que contiene no una clásica enunciación como ocurre con otras normas, sino un

complejo sistema que comprende aspectos de gran relevancia que van desde su ámbito de aplicación, la justificación de la intervención del Estado en el sector de servicios públicos, la calificación de estos servicios como esenciales, la competencia de municipios y departamentos en los mismos y los derechos de los usuarios, hasta el modelo de libertad de empresa con función social.

(b) El artículo 17, cuyo parágrafo señala que en todo caso el régimen aplicable a las entidades descentralizadas que se dediquen a la prestación de estos servicios será el previsto en la Ley 142. Es decir, es un régimen especial para los prestadores sin importar que se trate de entidades públicas a las que, por lo tanto, no les resulta exigible la aplicación de otras normas que se refieran a entidades descentralizadas en forma genérica, pues tal y como lo dice Atehortúa (2008) “Estas entidades de la rama ejecutiva en todos los niveles, salvo lo que determine la constitución, se someterán al régimen contenido en la Ley 142” (p. 150). Pero además de eso, también resulta claro que se trata de un régimen integral que no genera distinciones basadas en la naturaleza jurídica de los prestadores, porque son ellos los que deben someterse a las reglas concebidas por el legislador para prestar esta clase de servicios y su origen público o privado no interfiere en la aplicación del mismo, ni concibe beneficios o perjuicios a favor de unos u otros, ni persigue la concesión de posiciones ventajosas que le permitan a unos por encima de otros la consecución de mejores resultados económicos, sino que por el contrario, su intención es que partan del mismo punto y bajo el mismo esquema regulatorio para que la competencia sea libre pero sana, contribuyendo a conseguir los

objetivos de cobertura, eficiencia y calidad en los servicios a su cargo.

(c) El artículo 186, refiere con contundencia a las funciones que la Ley 142 cumple en relación con el régimen de los servicios públicos. Tales funciones son (i) señalar que esa Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios definidos en ella, esto para los efectos del artículo 84 de la Constitución Política que señala que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio” (Const., 1991, art.84), (ii) derogar todas las leyes que le sean contrarias, (iii) hacerse prevalecer sobre otras que se dicten para algunos servicios a los que ella se refiere, (iv) servir para complementar e interpretar leyes especiales que se dicte para algunos de los servicios a los que ella se refiere, (v) preferirse sobre otras leyes en caso de existir conflicto con éstas sobre los servicios públicos regulados en ella, y (vi) prevenir que las excepciones o derogaciones deben ser expresas identificando con precisión la norma de la ley objeto de la excepción, modificación o derogatoria.

(iv) Se trata de una Ley construida con base en criterios sociales, económicos, políticos y regulatorios. Así se concibió desde el proyecto de ley que le dio origen, en el que se señaló que el mismo se basaba en una serie de criterios básicos que podemos presentar de la siguiente forma:

(a) Criterio social, desde dos perspectivas, la primera la prestación del servicio y la segunda el usuario, ambas interdependientes, como

quiera que la prestación misma, su cobertura y eficiencia son la materialización de servicios convenientes para los usuarios. Fue por ello que se contempló que:

Es deber de las autoridades organizar la prestación de los servicios públicos en forma que más convenga al usuario. Este postulado se concreta en tres objetivos específicos a saber, garantizar que haya recursos suficientes para lograr la existencia misma del servicio, es decir la cobertura; asegurar la eficiencia del servicio, es decir, los menores costos y los menores tarifas; y obtener la calidad de los servicios. (Exposición de Motivos Ley 142 de 1994 Gaceta del Congreso noviembre 17 de 1992).

Adicionalmente desde el punto de vista de las finalidades sociales que le corresponde cumplir a los servicios y reforzando la perspectiva de usuario, también se habla de los subsidios, indicando que se trata de un mandato que se debe cumplir a favor de los usuarios de menores ingresos, “para que puedan atender sus necesidades básicas. Otorgándose con transparencia, en forma tal que se conozca con precisión cuánto cuestan, quien los paga, y quien los recibe. Para evitar que conduzcan al despilfarro, corrupción o privilegio” (Exposición de Motivos Ley 142 de 1994 Gaceta del Congreso noviembre 17 de 1992).

(b) Criterio Económico, fijando un modelo de libre competencia basado en la posibilidad de que cualquier empresa se organice como prestadora de los servicios sin necesidad de habilitaciones, licencias o autorizaciones previas que se erijan como barreras de entrada que les impidan actuar en este mercado, pero sujetas al cumplimiento de reglas que persiguen la eficiente prestación y la protección de los usuarios. Al respecto la motivación del legislador se basó en que:

Los objetivos del servicio eficiente al usuario deben lograrse ante todo con cinco instrumentos: libertad de entrada quienes quieran prestar los servicios; competencia entre quienes los presten cuando la competencia sea naturalmente posible; control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstruccionismo burocrático; y sanciones eficaces para los infractores de las normas (Exposición de Motivos Ley 142 de 1994 Gaceta del Congreso noviembre 17 de 1992).

De hecho, la competencia es considerada un instrumento que no solamente se orienta a beneficiar a los empresarios en un mercado capitalista sino que como lo señala Palacios, (2007) “desde la óptica Constitucional existe un mayor énfasis en el derecho de los consumidores a que los empresarios compitan” (p.43), se trata de una visión de trescientos sesenta grados alrededor de un componente esencial de la Ley que lo adoptó como criterio para incentivar el crecimiento del sector. Al respecto Font Galán (1987) (citado en Palacios, (2007) dice sobre la competencia que “se le ha llegado a considerar el alma del comercio y, más modernamente, el motor del sistema de economía de mercado” (p.43).

(c) Criterio Político Administrativo, delimitando las líneas alrededor de las cuales las entidades deben participar en la construcción de un modelo eficiente de prestación de los servicios, designando al “municipio como la entidad política y regional alrededor de la cual debe organizarse la prestación de los servicios. Pero corresponde a la Nación y a los departamentos apoyarlo en su labor, y organizar la prestación de los servicios complementarios” (Exposición de Motivos Ley 142 de 1994 Gaceta del Congreso noviembre 17 de 1992).

(d) Criterio Regulatorio, señalando el papel del Estado como garante de la prestación más allá de la posibilidad de seguir siendo un prestador, indicando en ese mismo documento que en calidad de autoridades tienen el deber de “intervenir y vigilar, sin obstruir y hacerlo en forma especializada, sin confundir la función de regular (velar porque las reglas se cumplan), separándola de sus funciones como administradores de empresas, con instrumentos eficaces para cumplir sus responsabilidades y sancionar infractores” (Ibíd.).

Los criterios expuestos sirvieron de base a la Ley 142, que se encargó de desarrollarlos y balancearlos de manera coherente para crear el régimen especial con las características y particularidades que se han expuesto. Dentro del mismo conviene analizar a sus prestadores; veamos a continuación qué tantas coincidencias o no existen entre el derecho Colombiano y el Comunitario Europeo al respecto.

II. De los prestadores de servicios públicos, una mirada en el derecho colombiano y en el comunitario europeo

A. El caso colombiano.

Desde la Constitución Política de 1991 quedó claro que Colombia liberalizaba la prestación de los servicios públicos, pues así lo dispuso su artículo 365 al señalar que los mismos “... podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares...” (Const., 1991, art. 365). Eso sí, como acertadamente lo destaca Santofimio (2003a), si bien “su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo del Estado, es su responsabilidad asegurar su

funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos así no sea su prestador directo” (p.1898).

Con esa misma perspectiva la Ley 142 de 1994 contempló dentro de sus principios la libertad de empresa, consagrando el derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos. Por su parte, el artículo 15 de esa misma norma dice quienes pueden prestar servicios públicos:

Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. 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.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

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

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 (Ley 142, 1994, art. 15).

Es entonces claro que en Colombia, tanto los particulares organizados como sociedades por acciones, las entidades oficiales de cualquier orden cuyo capital esté bien sea representado en acciones o adoptando la forma de empresa industrial y comercial del Estado, las empresas mixtas, así como otros entes jurídicos cuando se den determinados supuestos de hecho, están autorizados para prestar servicios públicos domiciliarios sin que sea necesario que obtengan habilitaciones, permisos o licencias adicionales del Estado para ejercer esta actividad como ocurría antes de la Constitución de 1991 cuando, tal y como lo señala Montaña “para hacerlo necesitaban de un título habilitante que en

términos generales se identificaba con un contrato de concesión o un acto administrativo de licencia” (2005, p.102).

Ahora bien, si nos concentramos en los tipos de empresas que pueden prestar servicios y concretamente en la forma en que el Estado puede participar en un prestador, la misma Ley 142 en su artículo 14, se encargó de denominarlas en función de la participación de capital estatal como (i) Empresa de servicios públicos oficial, es decir, aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o estas tienen el 100% de los aportes; (ii) Empresas de servicios públicos mixta es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50% y (iii) Empresa de servicios públicos privada como 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.

Para efectos del análisis que nos ocupa, refirámonos con mayor profundidad a la empresa de servicios públicos mixta, cuya principal característica es tener un capital mayoritariamente público, es decir, que más del 50% (pero menos del 100%) de los aportes efectuados por sus socios provengan del Estado en cualquiera de sus niveles, y lo demás de los particulares.

Sobre estas Empresas no ha sido pacífica la posición sobre su pertenencia a las tradicionales estructuras de la rama ejecutiva, a diferencia de lo que ocurre con las Empresas de servicios públicos oficiales para las que ha sido clara su naturaleza descentralizada que las obliga a aplicar residualmente las normas generales que sobre descentralización contempla la Ley 489 de 1998 (es decir, siempre que la Ley 142 no hubiere regulado la materia). Así se deduce, señala Marín (2010), “tanto del texto de la

ley 142 parágrafo 1° del artículo 17, como del artículo 68 de la Ley 489 que las definió expresamente dentro del conjunto de entidades descentralizadas en Colombia.” (p.112).

El debate sobre la naturaleza jurídica de las ESP mixtas es un asunto que ha dividido a la doctrina desde la expedición de la Ley 142, agudizado con la expedición de la Ley 489¹, y que se refiere a dos grandes posturas; una que señala que las ESP Mixtas no son entidades descentralizadas y otra que ha considerado que sí lo son. Y es que el aporte mayoritario pero no total de capital estatal en una prestadora de servicios públicos ha generado tantas inquietudes en relación con la naturaleza que debería o no tener esa entidad, que las posturas van desde la defensa férrea de un régimen especial que las excluye de la categoría de públicas, hasta el convencimiento de que donde hay un peso del Estado hay una entidad pública.

Vemos, como lo anota Marín (2010) que “los argumentos de la tesis negativa son diversos pero no necesariamente complementarios”, es decir, que hay diferentes razones que no se conectan entre sí para defender una misma conclusión, puesto que mientras para algunos de los defensores de esta postura, “estas empresas no hacen parte del Estado pues no fueron incluidas como tales en la Ley 489 de 1998, otros señalan que se trata de una categoría autónoma que aduce a un tipo societario y finalmente para otros tantos son entidades privadas” (p.132-133).

La discusión se apoyó en la jurisprudencia que se adscribió a algunas de las posiciones que negaban que las ESP Mixtas fueran entidades descentralizadas que formaran parte de la rama ejecutiva del poder público. Veamos concretamente algunos pronunciamientos sobre el particular.

¹ Artículo 38 que enlista los organismos y entidades que conforman la rama ejecutivo del poder público y el 68 que indica cuales son las entidades descentralizadas.

El Consejo de Estado, Concepto 1171, 1999, respalda la tesis que indica que las ESP Mixtas no son entidades descentralizadas porque la Ley 489 de 1998 no las contempló expresamente dentro de esa categoría; al decir:

Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público. (Subrayado por fuera del texto original).

El Concepto N° 1141, 1998, de esa misma Corporación, es más afín a la argumentación que considera que estos entes constituyen una categoría autónoma y diferente de las demás entidades del Estado y que, por lo tanto, son una nueva especie de persona jurídica creada por la ley con fundamento en la facultad concedida por la Carta Política. Al respecto, refiere lo siguiente:

Se advierte cómo se adopta aquí un criterio legal distinto al utilizado, por ejemplo, en el régimen de contratación de las entidades estatales, en el que se tipifica como sociedades de economía mixta aquellas en las que el Estado tenga una participación superior al 50% (Ley 80 de 1993, art. 2o., numeral 1o, letra a-), o al contenido en la ley comercial, en la que se califica de sociedad de economía mixta a todas las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (Código de Comercio, art. 461), sin perjuicio de que la proporción del aporte estatal al capital de la persona jurídica tenga consecuencias frente al régimen jurídico aplicable.

Ello trae como consecuencia, frente a la legislación de servicios públicos, que sólo se tengan como empresas mixtas a aquellas con participación igual o superior al 50% y como privadas a todas aquellas en las que la participación particular sea mayoritaria. Por contraste, en la legislación general se habla de sociedades de economía mixta independientemente de la proporción del capital estatal; así mismo, no se tiene como empresa

privada a aquellas sociedades donde la participación estatal exista, así ésta sea minoritaria.

Como puede apreciarse, la ley 142 de 1994 establece unas categorías especiales de personas jurídicas, frente a las normas generales de las personas jurídicas públicas. Esas nuevas categorías tienen una regulación también especial, de aplicación preferente, pues se trata de empresas de servicios públicos domiciliarios, con disposiciones ya no sólo aplicables a la naturaleza de la persona jurídica, sino referentes a su régimen jurídico.

(...)

Debe tenerse presente que el anterior es el fundamento jurídico de la procedencia del control fiscal sobre las empresas mixtas de servicios públicos. No por tratarse de sociedades de economía mixta, pues como ya se analizó aquellas empresas constituyen una nueva categoría de personas jurídicas, diferenciadas de las sociedades de economía mixta reguladas por el decreto 1050 de 1968, el decreto 130 de 1976 y el Código de Comercio (art. 461). (Subrayado por fuera del texto original).

Por su parte, la Corte Constitucional en T-1212, 2004 se apegó al concepto que señala que estas empresas son organismos de naturaleza privada, pero para ello, entre otros supuestos, respaldó su conclusión en el hecho de que la Ley 489 no hubiese reconocido como parte de la rama ejecutiva del poder público y del sector descentralizado por servicios sino a las empresas de servicios públicos oficiales, es decir, utilizó una de las piedras angulares normativas de la tesis negativa, para destacar el carácter privado de las ESP Mixtas . Al respecto, señaló:

Inicialmente debe advertirse que la Ley 142 de 1994 creó tres categorías distintas de empresas de servicios públicos domiciliarios, a saber: Las empresas oficiales, mixtas y privadas. Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios. Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de

servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado (Corte Constitucional T-1212, 2004).

Es claro que en medio de esas determinaciones y hasta que se gestaron las providencias hito sobre esta materia, los máximos tribunales de lo contencioso administrativo y lo constitucional produjeron decisiones que reforzaban o contradecían la tesis negativa con mayor o menor fuerza argumentativa. Sin embargo, fue hasta el 2 de marzo del año 2006 cuando el Consejo de Estado, Auto 29703, que analizaba la competencia para pronunciarse sobre la anulación de un laudo arbitral en el que una de las partes era una ESP Mixta, que se empezó a allanar el camino de la tesis positiva que considera que tales empresas son entidades descentralizadas por servicios que forman parte de la rama ejecutiva del poder público. En esa providencia el Consejo de Estado expuso las razones en que se basa para defender la idea de que las ESP Mixtas sí son entidades públicas que en consecuencia deben ventilar sus conflictos en la jurisdicción contencioso administrativa, la mayoría de ellas amarradas al concepto de sociedad de economía mixta. En resumidas cuentas, sostuvo el alto Tribunal:

- (i) Las ESP Mixtas pertenecen al género sociedad de economía mixta (SEM) “como quiera ambas están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica” (Consejo de Estado, Auto 29703, 2006).
- (ii) Tener un régimen jurídico diferente al de las SEM es perfectamente posible como quiera que ostentar la misma naturaleza no significa estar sujetas al mismo régimen que responde a las particularidades de cada entidad.

- (iii) Se debe inaplicar el numeral 14.6 de La Ley 142 por padecer del mismo vicio de inconstitucionalidad por el que había sido declarado inexecutable² el inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 dado 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” (Ibíd.), y no solo las que tengan más del 50% de aportes del Estado.
- (iv) Es equivocado concluir que la Ley 489 consideró solo a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios como integrantes de la rama ejecutiva, dado que las ESP Mixtas también la integran por virtud de lo previsto en el artículo 38 literal f), que relaciona a las sociedades de economía mixta como parte de dicha rama; pero además , porque ese mismo artículo contempla en su literal g) las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir, que no sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los artículos 38 y 68, “sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta” (Ibíd.).
- (v) “El solo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por derecho privado no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado” (Ibíd.), puesto que una cosa son las reglas que le resulten aplicables para facilitar el desarrollo de sus funciones o la prestación de los servicios que le han sido encomendados, y otra muy diferente su naturaleza que se deriva directamente del hecho de haber sido creada o

² (Corte Constitucional, C-953, 1999).

autorizada su creación por el legislador, sin que su régimen desdiga de su naturaleza pública.

En el año 2007 la Corte Constitucional emitiría la sentencia de constitucionalidad C-736, que se ocupó concretamente de la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas dejando claro que estas no solo hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público sino que son entidades descentralizadas pero de naturaleza y régimen jurídico especial no equiparable a las SEM, como equivocadamente lo concluyó el Consejo de Estado³, ni a ninguna otra especie de entidad enlistada en la Ley 489 de 1998, pues su naturaleza es única. Los argumentos de la Corte, que compartimos, en cuanto reconocen y enfatizan la naturaleza y el régimen especial de esta clase de empresas, pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- (i) “Del artículo 150.7 de la Constitución se extrae que el legislador esta constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de otras entidades distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y las SEM” (Corte Constitucional, C-736, 2006), por ello es perfectamente válido que la Ley 142 defina una tipología especial para el prestador de servicios públicos diferenciando su denominación con base en la mayor o menor participación accionaria pública.
- (ii) Una interpretación armónica del artículo 38.2 literal d) de la Ley 489, y el literal g) de la misma norma permiten entender que el legislador no excluyó a las ESP Mixtas de las pertenencia a la Rama Ejecutiva pues allí se dispone que hacen parte ella las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley

³ Auto 2 de marzo de 2006

para que formen parte de la Rama, con lo cual la Corte comprende que las empresas mixtas también la conforman.

- (iii) Las ESP Mixtas están ímplicitamente incluídas en la categoría de descentralizadas, puesto que el artículo 68 de la Ley 489 indica que también lo son las demás entidades creadas por la ley o con su autorización cuyo objeto principal sea la (...) prestación de servicios públicos con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Todo este recorrido nos permite ratificar la importancia que en el desarrollo del régimen de los servicios públicos han jugado las ESP Mixtas, mucho más que las oficiales y las privadas sobre las que no se han erigido discusiones como las expuestas en este apartado. Y es que pese a que el régimen propio de los servicios públicos pretende ser común a todos los prestadores como lo veremos más adelante, la decisión de la Corte puso en cabeza de estas empresas, al catalogarlas como descentralizadas, una serie de consecuencias que modificaron lo contemplado en la Ley 142; nos referimos por ejemplo a la cabida del control político, el de tutela, así como a la aplicación de la Ley orgánica del presupuesto. Nótese que la Ley 142 había tomado para sí los controles que consideró adecuados y necesarios, hablamos del control fiscal de que trata el artículo 50, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el artículo 44.4, sin que hubiese incluido los otros que mencionamos atrás.

Es entonces innegable que pese al esfuerzo del legislador por dotar de un régimen propio a los prestadores de servicios públicos, éstos cayeron en la puja que existe alrededor del capital de las empresas que ha dado lugar a la derivación de controles basados en la mayor o menor participación del capital del Estado en las mismas, los cuales son más o menos rígidos en proporción a su composición accionaria. Como lo dice Montaña (2009) con inconformismo por las distinciones que empezaron a

surgir entre prestadores públicos y privados y las falencias que el sector mismo fue generando con esas distinciones, “donde con mayor claridad se aprecian es en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas” (p.165).

B. El caso comunitario europeo.

Las actividades que integran el sector de los servicios públicos⁴ en la Unión Europea (UE) no necesariamente coinciden con las que lo hacen en nuestro país, que para los efectos de este estudio se circunscriben a los domiciliarios que se identifican claramente en la Ley 142 de 1994, lo cual genera una dificultad a la hora de comparar los regimenes, pero permitiría entender por qué en cada caso es posible que los prestadores sean diversos. De hecho, en la Comunidad Europea la especie domiciliarios no esta separada de los demás servicios públicos.

El concepto tradicional de servicio público en Europa de acuerdo con Ariño (2004) se caracteriza por ser “una actividad estatal, destinada al público -a la utilidad de los ciudadanos-, indispensable para la vida social que no supone el ejercicio de poderes soberanos” (p.544), distinguiendo su naturaleza tanto de la de función pública como de la simple gestión económica, pero sometida a un régimen de derecho público y exclusiva prestación del Estado. Por su parte el Tribunal Supremo Español lo definió como una actividad “cuya titularidad ha sido reservada por Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua”. Sentencia de 24 de octubre de 1989 RJ 1989/8390, (citada en Parejo (2004, p.53).

Ahora bien, esa noción tradicional que es, como lo destaca Parejo (2004), carente de definición legal, es esencialmente dogmática (p.52) y cuya construcción en Europa

⁴ Sector el marzo de 2006 cuales son las entidades descentralizadas.a ejecutiv

tuvo lugar inicialmente en Francia y fue importada entre otros países por España (Garrido, 1994, p.7), va a ser superada por un nuevo concepto que surge no solamente como en Colombia, por la probada imposibilidad del Estado para asumir la prestación de los servicios en forma monopólica, sino además por la “integración de los países europeos en un mercado único -la UE-, presidido por cuatro libertades: libertad de comercio de productos y mercancías, de movimiento de capitales, laboral y de establecimiento y prestación de servicios en el marco de la comunidad” (Ariño, 2004, p.601). En consonancia con lo anterior y como una labor de la UE para el desarrollo material de esas libertades fundamentales, se empieza a perfilar un equilibrio entre la autonomía de la voluntad propia de las relaciones negociales y la igualdad como elemento garante del equilibrio de las libertades proclamadas en el Tratado de la Unión, que como lo destaca Navarretta (2014) “tenía como objetivo remover los obstáculos del mercado interno para combatir todo tratamiento discriminatorio entre contratantes de diversas nacionalidades, y en general remover la discriminación en la contratación” (p.131-132). Pensamiento reiterado por parte de Chinchilla & Domínguez (2015), que al referirse a la externalización de los servicios en España, es decir, pasar de manos públicas a privadas a través de la gestión indirecta, señalaron que “debe respetarse el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas: la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente” (p.60-61).

Es así como los servicios públicos empiezan a promoverse bajo un modelo de libertad y regulación que permite la participación de los particulares en su prestación y pone en cabeza del Estado tareas como la de responder por la “prestación presente y futura del servicio y establecer niveles adecuados en la relación calidad-precio con permiso para intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales cuando ello sea imprescindible para obtener esos fines” (Ariño, 2004, p. 604).

Es decir, en teoría se abre paso un estándar que pregona la competencia como regla general en la prestación de los servicios públicos, pasando de la titularidad del Estado a la libertad de entrada, sin desconocer su importancia en la vida de los ciudadanos, ni la gran influencia en la satisfacción de sus necesidades personales y sociales, considerándose por ello inconveniente dejarlos al azar del mercado como si fuesen simples mercancías, sino que en cambio deben regularse técnica y económicamente para garantizar las mejores condiciones en su prestación.

En cuanto a los prestadores, la posibilidad de que concurren actores públicos y privados depende del tipo de servicio público, pues aunque la regla general concebida por la Unión Europea está basada en la libre competencia y en el interés económico que para esta Comunidad tienen los servicios⁶ (de hecho están en el capítulo de normas sobre competencia), esto no significa per se la entrega de todos ellos a los particulares en un mercado abierto, sino en todo caso restringido a causa de la misión de interés general implícita en su desarrollo; restricciones que pueden ir desde la prestación por los privados con sujeción a reglas especiales hasta la sustracción de la iniciativa privada.

Por ejemplo, si seguimos a Torrado (2014), éste señala que los “servicios públicos básicos que van desde abastecimiento eléctrico, agua, telecomunicaciones y transporte pueden ser traspasados o ejecutados en cooperación con los privados, ya sea en una estructura empresarial, a través de instituciones de interés público, administraciones locales, o entidades privadas” (p.667). Sin embargo, no existe una fórmula única que permita ver de manera homogénea la prestación de los servicios en la Comunidad Europea, sino que en cambio concurrirán, según se encuentre justificado en el interés general y en la dinámica propia de cada país, esquemas de convivencia entre el

⁶ Artículo 86.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

sector público y el privado, y otros en donde prevalecerá excepcionalmente y para ciertos servicios la reserva a favor de la Administración. Eso sí, cuando haya concurrencia de prestadores públicos y privados todos ellos deben sujetarse a las mismas condiciones, con la posibilidad de que se restrinja la competencia de algunos operadores cuando ello sea necesario para cumplir una misión de interés general. De hecho, se llama la atención sobre la necesidad de excluir algunos servicios de las reglas del mercado y la competencia apelando a consideraciones de equidad para garantizar el acceso universal de la población y la cobertura de todos los territorios (Bernal, 2009, p.73).

Ahora bien, para entender cuando estamos frente a una Empresa Pública, a diferencia de la definición que para los servicios públicos contempló la Ley 142 en Colombia que se concentra exclusivamente en el capital, la Comunidad Europea lo hace a la luz del concepto de influencia dominante, que según explica Sosa (2004) tiene lugar cuando los poderes públicos “a) poseen la mayoría del capital suscrito, b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueden designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia”. Ello, independientemente de la forma que adopten que puede ser la de una sociedad mercantil o la de un organismo propio de la Administración.

Lo anterior va de la mano, como lo resaltábamos atrás, de los tipos de actividades con relevancia económica dentro de la Unión Europea, que pueden tener mayor o menor grado de proximidad al sector público según se trate de actividades puras de mercado, actividades de interés general (de servicio público) o funciones típicas del Estado. La primera, como es lógico, mucho más lejos de las entidades públicas (más cerca de los particulares) y la última, competencia natural de éstas.

En cuanto toca con las actividades de interés general, el poder público según lo destaca Parejo se “mantiene allí a través del sector público empresarial solo mientras el

interés público determinante de su existencia permanezca, su desaparición sobrevenida constituye fundamento suficiente para el abandono del mercado o la enajenación de la participación en el correspondiente capital social” (2016, p. 36). Así pues, las empresas públicas participarán bajo las mismas reglas del mercado junto con los particulares cuando ello sea suficiente para satisfacer las necesidades sociales, y cuando no, el Estado procederá con la corrección de las irregularidades del mercado como último responsable del servicio “imponiendo obligaciones de servicio público para alcanzar el servicio universal, a través de técnicas como la regulación-reglamentación del sector, la declaración del interés público concreto con compensación de sus consecuencias económicas (subvención) o la restricción variable del mercado (derechos especiales)” (Parejo, 2016, p. 43).

La exposición realizada junto con las similitudes y distinciones que se han destacado, nos permiten señalar, en términos generales, que el régimen de los servicios públicos en la Unión Europea, aunque en líneas generales coincide con la filosofía de nuestro propio ordenamiento, es decir, liberalización en la prestación para que operadores públicos y privados concurren bajo una mismas reglas del juego; en el fondo, tienen diferencias que empiezan con la clasificación de los servicios, se extienden al cambio de régimen de libre competencia a restricción de la competencia derivado de la posición de interés general de un servicio en un determinado lugar para una colectividad y van hasta la manera en que se concibe a las Empresas Públicas que no poseen una clasificación o denominación que obedezca de forma específica al hecho de ser prestador de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, si nos detenemos con mayor profundidad en el análisis comparativo de los regímenes colombiano y comunitario europeo, las diferencias identificadas empiezan, como lo dijimos, desde el punto de partida de esta institución, desde su objeto y ámbito, es decir, inician en la categorización misma de los servicios, dificultando la construcción de un paralelo que permita ponerlos en un mismo plano, puesto que en la

UE bajo el concepto de servicios de interés general se pueden cobijar cosas tales como los seguros de autos, el correo, ferrocarriles, hidrocarburos, pero también la electricidad y el gas.

De hecho, ese punto de partida ni siquiera es uniforme dentro del ámbito comunitario europeo en donde la definición puede parecer aún más compleja puesto que existe no solamente la noción *servicios de interés económico general*⁷ sino además, servicios de interés general⁸, servicios sociales de interés general, últimos que pueden ser económicos o no económicos. Respecto de todos ellos según señala Jouen (2009), “el campo de aplicación de las reglas de competencia sigue estando en gran medida sometido al veredicto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE) y a eventuales virajes de la jurisprudencia” (p.35) los cuales además deben adaptarse internamente en cada una de las naciones que hacen parte de la Unión lo que dificulta aún más la existencia de un consenso alrededor del entendimiento de este concepto.

Sin embargo, de acuerdo con Rincón (2008), la incorporación en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de los servicios de interés económico general tiene como propósito por una parte “someter a las reglas de la competencias ciertas actividades que algunos derechos internos (francés) excluían del juego competitivo y, por otra parte, abrir espacio para sustraer de allí algunas actividades que por su naturaleza y las dificultades que presenta su explotación deben ser excluidas” (p.211), lo cual se encuentra a cargo de cada Estado que debe determinar las actividades de servicio público que se encuentran excluidas de las reglas de la competencia, de acuerdo con la modificación introducida en ese sentido por el artículo 7D del Tratado de Ámsterdam.

⁷ Aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicios públicos en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por grandes industrias de redes, como los el transporte, los servicios postales y las comunicaciones. Sin embargo, abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público. (Comisión general de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre los servicios de interés general, 2004, N° 17).

⁸ Abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina del mercado, que las autoridades consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicios público (Ibíd., N° 16)

Así las cosas, la clasificación de los servicios públicos domiciliarios que se encuentra objetivamente identificada al interior de su régimen especial en Colombia, se enfrenta a la noción de servicios de interés general de la Comunidad Europea que los clasifica intrínsecamente en servicios de contenido económico y no económico sin que estén identificados de manera expresa, pero sustrayendo sólo a los últimos, de las reglas de la competencia por tratarse, de acuerdo con Rincón (2008), de “funciones soberanas del estado y sus declinaciones (prerrogativas), las actividades que desarrollan funciones de autoridad, actividades educativas, culturales y de solidaridad” (p.213). Es decir, los servicios no económicos se corresponden en su mayoría con lo que conocemos como funciones públicas y los económicos pueden tener mayores coincidencias con nuestros servicios públicos. Así se desprende de la Comunicación 580, 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas que señala que los “asuntos intrínsecamente prerrogativas del Estado (tales como garantizar la seguridad interior y exterior, administrar justicia, política de asuntos exteriores y otros ejercicios de poder público) están excluidos de la aplicación de normas de competencia y mercado interior” (Nº 28, p.13). Por su parte los servicios económicos de interés general se pueden clasificar en (i) aquellos prestados por grandes industrias de redes en donde se especifican obligaciones de servicio público a escala comunitaria (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes) y (ii) otros servicios de interés económico general cuya prestación y organización se someten a normas de mercado interior, competencia y ayudas estatales (gestión de residuos, radiodifusión televisiva, abastecimiento de agua, entre otros) (Comisión general de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre los servicios de interés general, 2004, Nº 32).

Adicionalmente, debemos señalar que incluso tratándose propiamente de servicios de contenido económico es también posible que no haya lugar a la aplicación de las normas sobre competencia, ya sea porque estemos frente a una actividad que sólo afecta al mercado de forma insignificante, como los servicios de interés general de

carácter local, esto es, por no afectar el comercio entre Estados miembros, o por tratarse de asuntos de menor importancia, es decir, aquellos que de conformidad con la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia realizan las empresas y pueden afectar el comercio entre los Estados miembros pero que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1 del Tratado porque no superan las cuotas del mercado de referencia afectado por el acuerdo (10% si es entre competidores y 15% entre quienes no sean competidores) (Comunicación de la Comisión Europea C 291, 2014). Si confrontamos este panorama con el colombiano, tenemos que decir que esa situación exceptiva carece de un símil con nuestro régimen puesto que la Ley de servicios públicos se impone a la totalidad de actividades contempladas en su ámbito de aplicación⁹.

Ahora bien, en relación con la forma que asumen los entes jurídicos que se dediquen a unas u otras actividades, el derecho comunitario europeo se refiere a tales entes con neutralidad, es decir, pese a que determinadas actividades estén privativamente a cargo de cada Estado miembro, es posible que un organismo “controle y supervise el espacio aéreo y cobre un importe por usar su sistema de navegación aérea, o que un organismo privado lleve a cabo la vigilancia de contaminación en un puerto de mar, ejerciendo poderes típicamente públicos” (Asunto C-364/92 SAT/EUROCONTROL y Asunto C-343/95 Diego Cali citados en la Comunicación 580, 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas), pero también es posible que organizaciones que “desempeñen funciones sociales y que estén excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia del mercado interior tales como asociaciones culturales, de consumidores etc., se dediquen a actividades económicas, caso en el cual se aplicarán las normas comunitarias correspondientes a estas actividades” (Asunto c-109/92 Wirth citados en la Comunicación 580, 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas)

⁹ Artículo 1° de la Ley 142 de 1994.

Así entonces, si comparamos el régimen de prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia que se compone concretamente por unas formas jurídicas determinadas en la ley, tanto para las personas públicas como para las privadas; con los prestadores de servicios de interés económico general en la Comunidad Europea, en donde lo que encontramos es que no se distingue entre entidades públicas y privadas, sino que se habla de empresa en sentido genérico sin importar su naturaleza, es decir, no han adoptado una forma jurídica en particular para la prestación de estos servicios sino que cualquiera sin importar que tipo de ente jurídico sea puede prestarlos, tampoco encontramos coincidencias profundas, pues pese a que en ambos casos pueden actuar tanto los públicos como los privados, en Colombia la adopción de la forma ESP o Empresa de Servicios Públicos es esencial para actuar como prestador.

De las comparaciones realizadas podríamos concluir en primer lugar que en Colombia el sistema es rígido y contempla consagraciones taxativas en relación con lo que son los servicios públicos y sus prestadores, mientras que para el derecho comunitario las definiciones son más dinámicas permitiendo gran flexibilidad en los conceptos, los cuales se mueven en función de la naturaleza económica o no económica de la actividad que se alimenta de las experiencias de los Estados miembros y, por lo tanto, incluyen o excluyen actividades del ámbito competitivo según se evidencie que se traten o no de asuntos de interés general de tipo económico.

Ahora bien, estas decisiones deben ser proporcionales, es decir, “las restricciones a la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado único no exceden lo necesario para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión” (Comunicación 580, 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas, Resumen), y se someten al control de errores manifiestos, es decir, por la clasificación inadecuada como de interés general de actividades que evidentemente deben permanecer sujetas a las reglas del libre mercado.

Así mismo, debemos destacar que la noción de servicio público arraigada en nuestro ordenamiento jurídico y que se identifica, como lo hemos dejado claro, con una clasificación y tipificación de actividades y prestadores en búsqueda, digamos, de seguridad jurídica, se contrapone con un concepto en constante evolución que adicionalmente se ha introducido en la UE para acompasar el contenido económico de los servicios económicos de interés general como lo es el de servicio universal que permite armonizar la competencia con las necesidades sociales y que al decir de Rincón (2008), se trata de una noción autónoma que se “inscribe como pilar de los servicios de interés general, a partir del cual los ciudadanos pueden exigir la prestación de un determinado servicio, que en principio, el mercado obligaría a los prestadores a abandonar (p.ej., por falta de rentabilidad)” (p. 219), pero que lo hace en función de lo que para cada momento histórico y para cada sociedad es digno de protección, y no como un concepto obligatorio ni rígido asociado concretamente a las actividades previamente identificadas por un legislador como de forzosa salvaguarda, en el que expresamente se rechaza la expresión servicio público por considerarse ambigua y objeto de diversos significados induciendo a la confusión, introduciendo, en su lugar obligaciones específicas de continuidad, calidad, asequibilidad, protección de los consumidores y usuarios, protección y seguridad, seguridad del suministro, acceso a las redes e interconexión y pluralismo de los medios de comunicación.

Este análisis nos permite ver que el régimen comunitario europeo de servicios económicos de interés general, aunque se basa en principio en premisas similares al colombiano, evoluciona de conformidad con las necesidades no solo de los Estados miembros y su mercado interior, sino en búsqueda de la cohesión económica y social de la Comunidad Europea, a través de conceptos dinámicos que respondan a las necesidades de sus ciudadanos, poniendo la discusión en un marco que, al menos en la teoría, pretende seguir más de cerca la realidad social y económica nacional y transfronteriza.

Por otro lado, si ponemos la discusión en el ámbito contractual para desentrañar cómo funcionan esas relaciones jurídicas en la UE y cuáles son las normas que deben aplicar las personas jurídicas públicas o privadas que se dediquen a la prestación de servicios económicos de interés general, lo primero que debemos señalar es que dada la diversidad de servicios que pueden ser considerados como tales al interior de cada Estado miembro, es difícil pensar en una comparación razonable, pues varios de los servicios que allá hacen parte de ese género, en Colombia tienen regulaciones diferentes a la prevista para los servicios públicos domiciliarios. Empecemos por destacar por ejemplo en cuanto a la mera prestación, es decir, la posibilidad de suministrar un servicio, que la misma está sujeta a la selección del proveedor por parte de las autoridades públicas respetando normas y principios que aseguren condiciones equitativas a todos los proveedores, ya sean públicos o privados potencialmente capaces de hacerlo, respetando si resultan aplicables (por alcanzar o exceder los umbrales) las Directivas sobre Contratación Pública o, en caso contrario, los principios del Tratado de la CE sobre libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento, pero que en todo caso le dan a esas autoridades, en cada Estado, la potestad de imponer diversas obligaciones a los prestadores en función de las circunstancias específicas de la zona donde va a ejecutarse el servicio, pero también incentivos económicos (ayudas estatales) que permitan, por ejemplo, cobertura geográfica o de mercado, lo cual difiere de lo previsto en las normas colombianas, que en primer lugar prevén la libertad de entrada desprovista de permisos, licencias o autorizaciones provenientes de autoridades públicas y que tampoco consagran la posibilidad de establecer obligaciones diferenciadas a cargo de los prestadores en función de la zona en la que vaya a suministrarse el servicio.

Ahora, si nos concentramos en la contratación en los servicios económicos de interés general que mayor similitud pueden guardar con los servicios públicos domiciliarios en Colombia, nos vamos a encontrar con los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales, sobre los que la aplicación de las reglas de contratación indican en la respectiva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que:

Para garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales es necesario que la determinación de las entidades cubiertas no se base en su régimen jurídico. Por tanto, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras que operan en el sector público y aquellas que operan en el sector privado. (Directiva, 25, 2014, (19))

En este orden de ideas, “el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho Público, o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público” (Directiva, 25, 2014, art. 3) o las empresas públicas (Ibíd., art. 4), cuando adelanten contrataciones para adquirir suministros, obras o servicios relativos a los sectores mencionados, deben sujetarse a unas normas homogéneas de contratación si el valor de las mismas supera determinados umbrales, así mismo deben hacerlo quienes ejercen alguna de las actividades contempladas en los artículo 8 a 14 de la Directiva mencionada, esto es, gas y calefacción, electricidad, agua, servicios postales, extracción de petróleo y gas y prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos, cuando operan con arreglo a derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro (Ibíd.).

De acuerdo con lo expuesto, existen unas reglas especiales de contratación para las obras, servicios o suministros asociados a los sectores identificados anteriormente, cuando las mismas superen determinado valor, siempre que no se hallen excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva y cuando son adelantadas por lo sujetos cobijados por sus disposiciones. Lo anterior supone que no todas las contrataciones en función de su valor estimado, el sujeto que las adelante o las exclusiones de la norma (bien sea porque determinadas actividades del sector que cobija la directiva no estén regulados por está o porque ella misma contiene excepciones expresas), deben llevarse a cabo con

arreglo a esa normatividad, lo que implica una disparidad en las reglas a las que deben someterse las relaciones contractuales de los servicios y sus prestadores, lo cual seguramente obedece a las mecánicas propias de la UE, pero que no nos permite realizar una aproximación paralela al régimen contractual de las empresas de servicios públicos en nuestro país y resolver a través suyo el interrogante sobre la aplicación de principios de función administrativa en su actividad contractual, puesto que su sistema no solo no es uniforme para todos los prestadores, sino que tampoco lo es para todos los servicios.

Aunque parezca evidente, debemos señalar que esta comparación con el derecho comunitario europeo guarda sentido, como quiera que la tradición jurídica del servicio público en Colombia evolucionó, aunque en momentos distintos, en la misma dirección en que lo hizo en Europa, es decir, tanto en nuestro país como en el continente europeo se concibió al servicio público bajo el tradicional concepto que consideraba que éste era el centro motor del Estado y que las actividades que de él se derivaban eran privativas de la Administración, concepción que dio paso a la liberalización de los servicios y la incorporación de los particulares en su prestación tal y como lo hemos explicado en este trabajo. Así entonces, el análisis efectuado del ordenamiento comunitario europeo se justifica en consideración a la acogida que nuestro ordenamiento ha adoptado de antaño. Nuestro ordenamiento es similar en sus bases romano germánicas.

III. Dos interrogantes por precisar: i) ¿La definición del régimen jurídico aplicable al prestador de servicios públicos depende de su naturaleza jurídica? ii) La prestación de servicios públicos ¿implica el ejercicio de función administrativa?

A. Los prestadores y el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Como se viene anotando desde el comienzo de este trabajo, el Constituyente dejó en manos del legislador la fijación de un régimen jurídico para los servicios públicos y este último, en cumplimiento de ese mandato, lo creó en función de dichos servicios sin consideración a sus prestadores, es decir, la Ley determinó con precisión quiénes pueden prestarlos y cómo deben hacerlo pero no hizo ninguna diferenciación fundamental acerca de la normatividad aplicable a uno u otro prestador en razón de su naturaleza pública o privada, pues partió de la base que todos ellos, en igualdad de condiciones, debían sujetarse al régimen contemplado para la actividad a la cual iban a dedicarse por su importancia social y económica.

Ahora bien, la Ley 142 cuando se refiere al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos en el capítulo I de su Título I, regula de manera común a todas ellas aspectos tales como:

- a. Régimen social, al señalar (i) que las mismas son sociedades por acciones, (ii) que las entidades descentralizadas pueden adoptar la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado en caso que no deseen que sus capitales este representado en acciones, (iii) que su objeto es la prestación de uno o más de los servicios y/o actividades complementarias a los que se refiere dicha ley, (iv) que pueden ser socias en otras empresas de servicios públicos, (v) que su nombre deberá estar seguido de las letras E.S.P., (vi) que su duración podrá ser indefinida, (vii) Que no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para operar deben obtener las concesiones, permisos y licencias que sean del caso, entre otros.
- b. Régimen Tributario, cuando expresa que todas las prestadoras están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales pero (i) que los departamentos y municipios no pueden gravar a las empresas con tasas, contribuciones o impuestos que sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales, (ii) que

las empresas no estarán sometidas a la renta presuntiva establecida en el Estatuto Tributario vigente, entre otros.

- c. Régimen de autorizaciones, al ordenar que quienes presten servicios públicos requieren (i) contratos de concesión con las autoridades competentes para usar las aguas y el espectro electromagnético, (ii) los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de su actividad haga necesario, (iii) los permisos municipales de acuerdo con las competencias de dichas autoridades en materia de planeación urbana, circulación, tránsito, uso del espacio público y seguridad.

Nótese que esas disposiciones están diseñadas por regla general para todas las empresas prestadoras de los servicios sin importar si son oficiales, mixtas o privadas, porque, insistimos, la teleología de la ley era la de generar un solo régimen que le permitiera predicar la igualdad y la libre competencia entre sus partícipes, fijando reglas que evitaran que las empresas públicas tuviesen ventajas o desventajas en relación con los prestatarios privados.

Si descendemos un poco más en el análisis, enfocándonos en el régimen de la contratación de las Empresas para abastecerse de bienes, servicios u obras necesarios para desarrollar su objeto social, que es al fin de cuentas el objeto de nuestro estudio, encontramos en el centro de todo al artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que expresamente señala:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (Ley 142, 1994, art. 31).

Podemos evidenciar que la intención del legislador fue la de igualar el régimen de todas las empresas, puesto que como las sociedades que pertenecían a los particulares

se encontraban por defecto sometidas al derecho privado, era necesario que las prestadoras que tuviesen una participación mayoritaria del Estado, esto es, 50% o más, no quedaran sometidas a las reglas de contratación de las entidades estatales, sino que por el contrario pudiesen acudir a la mismas reglas del juego de sus competidoras privadas a la hora de celebrar sus contratos con terceros proveedores de bienes y servicios, es decir, las normas civiles y comerciales diseñadas para los participantes de un mercado en competencia como lo es el de los servicios públicos. Fue bajo esa lógica que la ley excusó a las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios de aplicar el régimen general de contratación fijado para ellas en la Ley 80 de 1993, y dejando en claro que esa norma solo se aplicaría cuando directamente la Ley 142 así lo dispusiera.

Esa misma disposición legal (el artículo 31), señala en su inciso segundo lo siguiente:

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas para las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurridos este término operará el silencio administrativo positivo (Ibíd.).

Veamos que en esta oportunidad son las empresas privadas las que quedan cobijadas bajo el derecho público, pues la utilización de cláusulas excepcionales es connatural a los contratos de las entidades estatales y, sin embargo, la ley decidió nuevamente igualar la contratación de todas las empresas, esta vez alrededor de la utilización de dichas cláusulas bajo dos posibilidades, la inclusión obligatoria por

mandato de las Comisiones de Regulación para determinados contratos o la posibilidad de incluirlas en otros contratos previa autorización a las empresas por parte de aquellas.

Lo valioso de este análisis es que queda claro que estamos ante un sistema especial en el que, bien sea bajo las reglas del derecho privado al que por regla general están sujetas todas las empresas o bajo las del derecho público que excepcionalmente deben aplicar, el régimen de contratación es uno solo sin atender a quién pertenecen sus aportes o en qué porcentaje estos son o no del Estado. Inclusive, la Ley 142 contempla unas reglas especiales en su artículo 36 aplicables a los contratos de las empresas de servicios públicos que se refieren a temas diversos como la constitución en mora, las donaciones, los intereses aplicables a las obligaciones mercantiles, los efectos de las renunciaciones a los derechos contractuales, entre otros, lo que nos permite reafirmar la especialidad de un régimen de contratación diseñado en función de un sector al que deben someterse, por regla general, todos los prestatarios. Ese régimen jurídico que hemos traído a colación fue declarado exequible por la Corte Constitucional en C-066, 1997.

Es por ello que recalcamos que a la ley no le importa quién preste el servicio ni que tanta o tan poca participación tiene el Estado en el prestador, porque el régimen al que deben sujetarse todos ellos es el mismo; de hecho cuando la Ley 142 de 1994 habla de la regulación de los servicios la define en su artículo 14.18 como una facultad general para someter la conducta de las personas que los prestan a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos, con lo que ratifica que son ellos los que deben alinearse a las disposiciones previstas para cumplir los fines que persiguen los servicios; en esa misma línea para la Corte Constitucional esa regulación corresponde “al ejercicio de una función de intervención en concreto sobre la base de lo que la ley disponga para asegurar que quienes prestan los servicios públicos domiciliarios se sujeten a sus mandatos” (Corte Constitucional, C-1162, 2000).

Aclaremos de todas formas que la perseguida claridad en el régimen jurídico contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios ha sido objeto de las más arduas discusiones a nivel jurisprudencial y doctrinal, pues tal como lo enfatiza Palacio (2006a) “sobre este tema se han suscitado controversias y debates jurídicos formando un consenso en el sentido de que más de una década después de la expedición de la Ley 142, no existe claridad para la realización de los contratos” (p. 37). Y es que aunque en nuestra opinión, y sin desconocer que se ha tratado de una discusión de las más hondas proporciones jurídicas, la naturaleza del prestador no debería ser una consideración para definir el régimen de los contratos, sin embargo lo ha sido y es por eso que Palacio (2006b) en otra de sus publicaciones señala que “no es posible determinar si las mixtas aplican un régimen diferente al de las privadas o si por el contrario están sometidas a un régimen especial o al propio de su naturaleza mixta del cual depende su régimen de contratación” (p.13) y remata diciendo que “la aplicación del régimen de contratación, público o privado en las empresas, está ligado no solo al servicio o al tipo de contrato, sino a la naturaleza jurídica y a la condición monopólica de quien preste el servicio” (p. 14), algo que no compartimos pero que permite entender por qué se aborda este tema en la investigación.

Ahora bien, ese régimen ha sido intervenido de manera indirecta en el texto de otras disposiciones legales de igual jerarquía, pero que no se refirieron concretamente a la Ley 142 de 1994 para modificarla en forma expresa, y, sin embargo, dieron lugar a la imposición para algunos de sus prestadores, concretamente los mixtos y los oficiales, de la aplicación de los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, sobre lo que podría pensarse que es una forma de intervención y de regulación no prevista por la ley de servicios públicos pero que indudablemente afecta su régimen. Nos referimos concretamente a la Ley 1150 de 2007 a través de la cual se reformó la Ley 80 de 1993 y se dictaron unas disposiciones generales para la contratación con recursos públicos, que en su artículo 13, dispuso que:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política.

Eso lo hizo sin distinguir las actividades a las que tales entidades se dedican y sin tomar en cuenta las finalidades de determinados regímenes legales que se verían afectados con ese mandato, lo que para el caso concreto de los servicios públicos domiciliarios y atendiendo la pluralidad de prestadores, significa que de las tres categorías de empresas contempladas en la Ley 142 aquellas que a las voces del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 fuesen entidades estatales debido a que en ellas existe una participación pública mayoritaria, es decir, las mixtas y las oficiales, quedaban sujetas a la aplicación de los principios de la función administrativa y, por el contrario, las privadas no.

Acá nos detendremos a exponer cómo esa disposición en varias formas, pese a que jerárquicamente tiene como la ley de servicios públicos la categoría de ordinaria, vulnera un régimen especial pensado en función de una actividad concreta que se interrelaciona con la vida económica y social del país, cuya importancia se deriva de la misma Carta Política, y por qué consideramos que su aplicación es cuestionable, desde el punto de vista sustancial y formal.

- (i) En primer lugar, desconoce la finalidad del régimen jurídico de los servicios públicos que es someter a todos los prestadores, sin importar su naturaleza jurídica, a las mismas disposiciones legales para que pudieran ofrecer y prestar los servicios bajo unas mismas condiciones, alterando un régimen especial al introducir la aplicación de unos principios que no alcanzan a todos los prestadores distorsionando los propósitos de la Ley 142 de 1994.

(ii) No constituye una modificación expresa a la Ley 142 de 1994.

Recordemos que el artículo 186 de dicha ley, al que nos referimos en el primer capítulo de este documento, abandera la hermeticidad de la norma para proteger el régimen precisamente de intervenciones que lo desconfiguren, esa regla señala expresamente que “para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria” (Ley 142, 1994, art. 186), es decir, que si la Ley 1150 de 2007 le apuntaba de manera concreta al régimen contractual de las entidades estatales que prestan servicios públicos, debió señalarlo explícitamente y referirse a la norma de la Ley 142 que se veía modificada por ella.

(iii) El Régimen de la contratación de las entidades estatales que prestan servicios públicos abiertamente señala, luego de la reforma introducida por la Ley 689 de 2001 al original artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que no hay sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la Ley 142 disponga otra cosa. Efectivamente, esta ley se refiere a la aplicación de ese Estatuto cuando contempla la posibilidad de aplicar cláusulas excepcionales y cuando manda en su artículo 44.4 a que se apliquen las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993. Así las cosas, y si solo la Ley 142 era la llamada a admitir la aplicación de este régimen de contratación pública es bueno preguntarse si cuando el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 se refiere a las entidades estatales uno podría decir que no se entienden incluidas las que prestan servicios públicos domiciliarios.

Sobre este punto y por fuera de lo que previó la Ley 142 de 1994, el profesor Atehortúa (2009) agrega que las entidades estatales también se someten al derecho público cuando realizan “operaciones de crédito público de conformidad con la Ley 781 de 2002, las operaciones de crédito público que realicen las empresas oficiales y mixtas se someten al Decreto 2681 de 1993, reglamentario de la Ley 80 de 1993” (p.412). Ahora bien, esa Ley en su artículo 6° expresamente hace referencia a los artículos 31 y 32 de la Ley 142 para indicar que sin perjuicio de lo allí previsto, la gestión y celebración de operaciones de crédito público de estas empresas se sujetarán a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo.

- (iv) Adicionalmente no perdamos de vista que cuando el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 se refiere a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, que para la discusión que estamos dando y a la luz de la sentencia C-736 de 2007 son tanto las empresas oficiales como las mixtas, lo que es coincidente con la referencia a entidades estatales del artículo 13 de la Ley 1150, dispone que el régimen aplicable en lo que no disponga directamente por la Constitución, será el previsto en Ley 142. Cómo podría entenderse que la Constitución quisiera que esta clase de entidades, hoy reclasificadas como descentralizadas, aplicaran dichos principios, si el artículo 209 es claro al señalar que la función administrativa está sometida a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y cuando la prestación de servicios públicos no implica, por regla general, el ejercicio de función administrativa, tal y como lo veremos más adelante.

(v) Finalmente nos referiremos al principio de especialidad normativa para apoyar nuestra tesis, el cual se refiere de acuerdo con Tardío (2003), “a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta una especie de dicho género” (p.191), lo que nos lleva a pensar en que la Ley 1150 de 2007 contiene la regulación de la contratación del género entidad estatal y, por su parte, la Ley 142 de 1994 regula la contratación de la especie entidades estatales prestadoras de servicios públicos y que además de eso, contiene todo el régimen de los servicios públicos domiciliarios, encargándose de definir un sistema específico para ellos no sólo en materia de contratos, es decir, es comprensiva de un conjunto normativo que regula diversas áreas de importancia jurídica, respondiendo en todos los campos que son relevantes para los servicios, con lo cual persigue que éstos funcionen como parte de un gran engranaje.

Este panorama nos lleva a enfrentar a la norma especial con la posterior (Ley 1150, 2007). Para desentrañar cuál prevalece y poder concluir que es la especial la que lo hace, nos apoyamos en las reglas de interpretación de la ley contenidas en las Leyes 57 y 153 de 1887 que refunden el criterio de especialidad normativa, señalando que “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general” (Ley 57, 1887, art. 5) y que una disposición legal se estimará insubsistente por disposición expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir ley nueva que regule íntegramente la materia (Ley 153, 1887, art. 3). Así lo ha reconocido la jurisprudencia señalando que pese a que el artículo 2° de la Ley 153 dice que la ley posterior prevalece sobre la anterior, ese principio “debe armonizarse con lo plasmado en el artículo 3° Ibídem y con el artículo 5° de la Ley 57 de 187 que estableció con claridad que la disposición

relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general” (Corte Constitucional, C-005, 1996). La Doctrina también lo reconoce de ese modo cuando señala “la prevalencia de la *lex specialis* sobre la *lex generalis*: *lex posterior derogat legi priori*, con la reserva de que la *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*” (Emilio Betti traducido al español por de los Mozos, 1975, p.119).

De hecho, si supusiéramos que ambas disposiciones legales tienen carácter especial respecto de las materias que cada una regula, tendríamos que concluir que pese a que la Ley 1150 de 2007 contiene una modificación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que es la codificación que señala las reglas a las que deben sujetarse las entidades estatales para adelantar su actividad contractual, ella no prevalece sobre las reglas que para la contratación de los prestadores de servicios públicos tiene la Ley 142 de 1994, principalmente por tres razones, la primera es que esta última expresamente excluye la aplicación de ese estatuto para las entidades estatales que sean prestadoras, la segunda es que la Ley de servicios públicos, por su contenido y alcance, se caracteriza por una mayor especialidad en todos los asuntos de los que se ocupa incluido, por supuesto, el contractual, y la tercera es que el artículo 13 de la Ley 1150 sí es una disposición de carácter general para las entidades exceptuadas pues su especialidad es establecer reglas de contratación para las entidades no excluidas de dicho estatuto.

Por lo expuesto, y en respuesta al primer interrogante planteado al inicio, queda claro que la definición del régimen jurídico aplicable al prestador de servicios públicos no depende teleológicamente y por regla general de su naturaleza jurídica. Sin embargo, y como quedo visto, la última norma analizada supone distorsiones que se basan en

dicha naturaleza y por ello hemos tratado de desvirtuar su aplicación. Pasemos ahora al segundo interrogante enunciado.

B. ¿La prestación de servicios públicos implica el ejercicio de función administrativa?

La función administrativa no encuentra una definición como concepto en nuestro ordenamiento jurídico, han sido la jurisprudencia y la doctrina las que nos han acercado a esa noción cuyas ilustraciones presentaremos más adelante.

Sin embargo, la Constitución la trata como una figura distinta e independiente del servicio público dejando en claro que se trata de dos instituciones no asimilables. Así se deduce de lo previsto por (i) el artículo 150.23 cuando dice que le corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, es decir, le asigna al legislador competencia en una y otra materia, (ii) el artículo 209 por su parte señala los principios de la función administrativa, (iii) el artículo 189.22 dice que le corresponde al Presidente ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos y (iv) los artículos 365 y siguientes se refieren a los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado.

Es decir, la Constitución dispone cada institución en títulos diferentes de su cuerpo normativo dándoles un tratamiento independiente lo que permite concluir que responden a contenidos desemejantes. De acuerdo con Chaín (1998), (citado en Consejo de Estado, Auto 27673, 2005), “la Constitución derogada, contrario a la nueva Carta, utilizaba el término servicio público (arts. 7, 58 y 203) refiriéndose a la acepción servicio público como función administrativa” (p.11), lo que significa que la actual Carta Política se distancia de la concepción tradicional de servicio público al distinguirlo de la función pública.

Para la Corte Constitucional “la función pública, género del que hace parte la función administrativa, se manifiesta a través de mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado” (Corte Constitucional, C-037, 2003).

No perdamos de vista que la función administrativa apareja una serie de potestades propias del Estado como “el ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales y el señalamiento de conductas” (Ibíd.), que no son inherentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Así mismo, recuerda la Corte en esa Sentencia que la “prestación de servicios públicos no es exclusiva del Estado y que bien puede dejar su prestación en manos de particulares, cosa que no sucede con las funciones públicas que corresponde ejercer a los servidores públicos y excepcionalmente a particulares” (Ibíd.).

Finalmente agrega la Corte, en la misma decisión que venimos citando, que “el servicio público se manifiesta en prestaciones a particulares y la función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado” (Ibíd.).

En concepto de Cassagne (2002) la “prerrogativa es la potestad pública caracterizada por el imperium estatal, las principales son la creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales, presunción de validez de los actos administrativos, principio de ejecutoriedad, ejecución de los contratos administrativos y prerrogativas procesales” (pp. 18-22).

Sobre ese mismo particular ha dicho de la Cuétara (1983) que “la función pública supone la participación del poder del Estado y tiene carácter jurídico, mientras que el

servicio público es de carácter material y técnico y normalmente no puede utilizar el poder público” (p.139), lo cual es respaldado, de conformidad lo señalado por Sánz (2004) por la doctrina italiana (Zanobini) y la española (Royo-Villanova, Gascón y Marín) (p. 10), es decir, la doctrina más autorizada reconoce las claras diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, resaltando que cada una tiene sus propias características y peculiaridades.

Por su parte el Consejo de Estado, Expediente 27673, 2005, consideró que:

El constituyente y el legislador 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, estableció que su prestación debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad.

... Así la prestación de los servicios públicos domiciliarios no es considerada, de manera general, como función pública, y será necesario determinar, en cada caso concreto, si la actividad que dio lugar a la controversia es de aquéllas que puede ser considerada como pública (Consejo de Estado, Expediente 27673, 2005).

Eso sí, no podemos ignorar que existen ciertas actividades contempladas en el régimen de los servicios públicos cuyo ejercicio puede comprender el desarrollo de una función pública. Es por eso que la jurisprudencia señala que la prestación per se no lo es, pero no descarta que otros aspectos sí puedan serlo cuando su naturaleza sea la de poder imponerse coercitivamente. Ahora bien, dentro de ese listado no encontramos la actividad contractual, puesto que contratar con terceros es más una actividad ligada a la gestión económica que se apega a los aspectos más comerciales de la prestación de los servicios y que, en consecuencia, se aleja de la función administrativa porque no hay ejercicio de ninguna prerrogativa, salvo en los casos en que se hayan incorporado cláusulas exorbitantes que son ciertamente excepcionales.

Para comprender este punto volvamos a Cassagne (2002) que nos permite ver que en el campo de la Contratación el ejercicio de prerrogativas públicas que implican el ejercicio del *imperium* o supremacía del Estado, están específicamente relacionadas con los contratos administrativos entendidos como aquellos, en el caso Colombiano, a los que se les aplican las normas propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que se refieren a “la dirección y control que la administración ejerce en cumplimiento del contrato; la modificación unilateral o *potestas variandi*; la potestad sancionatoria; la ejecución directa del contrato” (p.22). Es por esto que se afirma que en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, concretamente la contratación de los terceros proveedores para el abastecimiento, funcionamiento y prestación, no constituye ejercicio de prerrogativas especiales por parte de las empresas.

Así entonces cuando se contrata con personas naturales o jurídicas los bienes o servicios que se demandan para el desarrollo de las actividades que le son propias a los prestadores, permitiéndoles su funcionamiento o facilitándoles la producción de los servicios cuya satisfacción tienen a su cargo, bajo las reglas del derecho privado que suponen una relación entre iguales donde ninguna de las partes tiene supremacía sobre la otra, estamos ante actos de gestión, su contenido es por regla general meramente económico y no implican el ejercicio de prerrogativas; por lo tanto, allí podemos diferenciar el servicio público propiamente dicho, de la función pública, señalando que lo primero no es ejercicio de lo segundo, lo que nos obliga a decir que la actividad contractual para el abastecimiento de las empresas es entre muchas de las cosas que componen el quehacer de los prestadores, una de las que más alejada está de dicha función.

No nos oponemos a que se busque el ejercicio de esa función administrativa dentro de asuntos como el derecho de las prestadoras al uso del espacio público, a la ocupación temporal de inmuebles, a la constitución de servidumbres, a la enajenación

forzosa de bienes a favor del servicio, a la decisión de peticiones, quejas y reclamos, a la imposición de sanciones, ni a la funciones que el Estado se ha reservado en materias como lo son la regulación, el control y la vigilancia, que aparejan el ejercicio de potestades y función pública, respectivamente.

Ciertamente la de la función administrativa ha sido una discusión sobre la cual se han tejido muchas posturas que han virado de criterios organicistas a subjetivos y de ahí a finalistas, último que involucra el interés general como preponderante para definir su ejercicio (Covilla, 2014) pero que no termina de cerrar el debate. Como hemos venido mostrándolo, los servicios públicos integran esa discusión de una manera muy activa y a su alrededor son varias las posiciones adoptadas; para algunos su prestación es identificable plenamente con la función administrativa (Montaña , 2003b); para otro sector solo lo es en la medida en que sean prestados por entidades estatales (Palacios, 1999); por otro lado se afirma que por regla general no conllevan función administrativa y que “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” (Atehortúa, 2003, p. 47); incluso algunos autores señalan que función administrativa y servicios públicos son especies de la actividad administrativa entendida como las “actividades estatales tendientes a desarrollar, cumplir y ejercitar los mandatos constitucionales y legales”, sin embargo aclaran que no por ello consideran que los servicios públicos son función administrativa (Bastidas, 2014, p. 54).

Al respecto es importante señalar que las posiciones que identifican al servicio público con la función administrativa en gran medida están desconociendo la estructura de nuestra Constitución que como lo vimos los separó y les dio diferentes tratamientos; en cuanto al enfoque que considera que hay función administrativa siempre que la prestación provenga de las entidades estatales no podemos más que mostrar nuestro desacuerdo como quiera que sin importar quien lo haga o las obligaciones que

subyazcan para los servidores de esas empresas, en estos casos no hay desarrollo de autoridad, coerción ni de supremacía porque la Ley no las contempla a favor de las empresas públicas por el solo hecho de que lo sean, es ciertamente anti técnico puesto que el régimen es especial y diferenciado en razón de los servicios y no de sus prestadores.

Así pues, tal y como quedo expuesto, podemos concluir que la actividad contractual en los servicios públicos domiciliarios se basa en las reglas del derecho privado y no le concede a sus operadores, públicos o privados, la posibilidad de actuar en calidad de autoridades capaces de poner a sus cocontratantes en posición de subordinación u obediencia respecto de cargas contractuales para las que no hubieren dado su voluntad a la hora de celebrar un contrato, salvo en los precisos casos en que el contrato se encuentre dotado de cláusulas excepcionales por mandato o autorización de las Comisiones de Regulación, caso excepcional en el cual están en capacidad de exigirle al contratista por encima de su consentimiento, bajo las precisas reglas que la Ley 80 de 1993 dispone al respecto.

IV. La afirmación de sometimiento de las ESP Mixtas a un régimen especial. Análisis del régimen contractual privado como corolario del régimen especial y criterios de interpretación del régimen contractual

Como lo hemos venido sosteniendo, el legislador fijo un régimen especial para la prestación de los servicios públicos domiciliarios dentro del que se destaca un régimen contractual de derecho privado. Lo anterior, se deduce del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 cuando decide que las entidades estatales que resulten prestadoras no sometan sus contratos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, contrario sensu, las habilita para sujetar su actividad contractual a las normas civiles y

comerciales propias de los negocios que se celebran entre particulares; del artículo 32 (ibíd.) que según indica (Atehortúa Ríos, 2009) “es la regla aplicable a las ESP mixtas sin consideración al aporte que en estas empresas tienen las entidades estatales” y que contempla directamente la aplicación del derecho común; y del artículo 39 (ibíd.) que predica en relación con los contratos especiales para efectos de la gestión de los servicios públicos la aplicación del derecho privado como regla general.

Así las cosas, proponemos una caracterización de las implicaciones que se desprenden de ese régimen contractual de derecho privado, en todo caso dotado de ciertas individualidades, con el fin de diferenciar la contratación de las ESP Mixtas de la de otras entidades estatales, a la luz de las especiales normas a las que se encuentran ligadas:

(i) Por regla general su contratación se sujeta a las normas del derecho privado. Así lo señala claramente el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, cuando dice que el sometimiento a la Ley 80 de 1993 solo tiene lugar cuando esa misma Ley así lo disponga; y ya hemos visto en este documento cuando ello sucede (cláusulas excepcionales por mandato o autorización de la Comisiones de la Regulación, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros). Así pues, acá pasa todo lo contrario a lo que ocurre con las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se rigen principalmente por las normas especiales de dicho estatuto y, en lo no regulado en ellas, por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes¹⁰.

(ii) Cuenta con sus propios principios de interpretación. Se trata de todos los principios contenidos en el título preliminar de la Ley 142 de

¹⁰ Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

1994, artículo 1 al 13, que tienen como objetivo que los contratos se interpreten de la forma que mejor se garantice la libre competencia, que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad y la calidad en la prestación de los servicios. Es decir, la misma ley contiene no solamente los mandatos de conformidad con los cuales se deben interpretar las normas sobre contratos existentes al interior de su cuerpo normativo, sino además que anticipa la finalidad que debe perseguirse al aplicar esos principios interpretativos.

(iii) Están dotados de reglas contractuales especiales creadas en razón de la eficiencia y la celeridad que en esa materia se requiere que tengan las empresas prestadoras, es por ello que se prescribe que la donación no requiere insinuación judicial, que se puede convenir que la constitución en mora no requiere pronunciamiento judicial, que cuando las partes no lo convienen la ley las suple en relación con los intereses corriente y de mora, entre otras reglas particulares a su régimen.

(iv) La nulidad sobre sus actos y contratos solo produce efectos *ex nunc* (o desde ahora), es decir, hacía el futuro para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buenas fe. Así lo prevé el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, C-066, 1997. Sobre ese mismo punto, las causales de nulidad serán las contempladas en el derecho común y no debe acudir al catálogo contenido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

(v) El perfeccionamiento de los contratos tiene lugar de conformidad con las normas civiles o comerciales aplicables al tipo de contrato celebrado. Es decir, no son contratos solemnes por regla general, tal y como ocurre con

los contratos estatales que siempre deben constar por escrito, en este caso, depende de las exigencias que haga la ley para cada caso concreto, consensuales, reales o solemnes.

- (vi) La selección del cocontratante se lleva a cabo mediante los procedimientos que las empresas consideren pertinentes, siempre que se ajusten a los preceptos que sobre la prohibición de prácticas abusivas, restrictivas o discriminatorias capaces de generar competencia desleal o restringir en forma indebida la competencia, trae la Ley 142 de 1994¹¹. Eso sí, eventualmente algunas empresas por su posición dominante en un mercado, que tengan por principal actividad la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, deberán celebrar licitaciones públicas si así se los exige la respectiva Comisión de Regulación para poder adquirir dicho bien o servicio, u otro procedimiento que estimule la concurrencia de oferentes.
- (vii) La ejecución de los contratos no está sometida a requerimientos o aprobaciones especiales.
- (viii) El contenido de los contratos es el que las partes, de conformidad con la autonomía de su voluntad establezcan o el que la ley civil o comercial supletivamente traiga cuando las partes hayan guardado silencio sobre determinados aspectos. Así las cosas, todas las cláusulas ajenas al derecho común son extrañas en los contratos de estas entidades y solo podrán incorporar cláusulas excepcionales cuando las comisiones de regulación se los ordene u autorice.
- (ix) La adición o prórroga de los contratos no está sometida a límite porcentual o unidad de medida alguna, pues de manera concreta ni la Ley

¹¹ Artículo 34.

de servicios públicos lo contempla y el derecho común tampoco lo hace, por lo que mientras las partes así lo consideren conveniente y justificado no hay ninguna restricción al respecto.

- (x) La terminación de los contratos puede ser normal o anormal según finalice por el vencimiento del plazo, el cumplimiento del objeto pactado o anticipadamente por voluntad de las partes o decisión de un juez. Ahora bien, la liquidación del contrato es una figura propia del derecho administrativo y su aplicación no es obligatoria en estos escenarios. Sin embargo, tampoco se encuentra prohibido hacer uso de ella, en el entendido que se trata de un corte de cuentas para que las partes se declaren preferiblemente a paz y salvo, y, por lo tanto, siempre que haya mutuo acuerdo es viable utilizarla.

Ahora bien, si nos detenemos un poco en los criterios de interpretación de las normas que sobre contratos trae la Ley 142 de 1994, nos encontramos, según ya hemos enunciado en los numerales anteriores, con la misma Ley 142 que previendo conflictos en la aplicación de sus propias normas contractuales como es natural en derecho, remite a la aplicación de los principios contenidos en su título preliminar delimitando de una vez el alcance que pretende que dichos principios tengan sobre esta materia. De la revisión de unos y otros podríamos señalar que son principios de interpretación del régimen contractual de los servicios públicos domiciliarios, los siguientes:

- (i) Legalidad, por cuanto el artículo 1 de la Ley 142 de 1994 señala con precisión que son los servicios públicos domiciliarios allí identificados, las actividades que realicen sus prestadores, las actividades complementarias y otros servicios previstos en normas especiales de esa Ley, los destinatarios del régimen contractual privado del sector.

- (ii) Calidad, para garantizar las mejores condiciones del servicio y ampliar su cobertura.
- (iii) Eficiencia, con la consecución de economías de escala, gestión y obtención de recursos para la prestación del servicio.
- (iv) Eficacia, para atender las necesidades básicas insatisfechas de manera prioritaria y prestar el servicio de forma continua e ininterrumpida.
- (v) Participación, a través de mecanismos que garanticen a los usuarios acceso a la gestión y fiscalización de su prestación.
- (vi) Neutralidad, para que no existan prácticas discriminatorias en la prestación.
- (vii) Libertad de competencia.
- (viii) No abuso de posición dominante, ni frente al usuario ni frente a terceros.

Así entonces, está claro que el régimen contractual aplicable a los servicios públicos domiciliarios tiene unas características propias e independientes, así como unos principios que sirven como criterios de interpretación a la hora de aplicar las normas que sobre contratos establece la Ley para optimizar y armonizar sus preceptos, con lo que se deja sentado nuevamente la existencia de un régimen especial que se ocupa con completitud de todos los componentes de su sistema jurídico.

Conclusiones

1. El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios es especial, descende desde la Constitución, se materializa con la ley y se interpreta con base en sus propios principios antes de acudir a otras normas de derecho público o privado. Así las cosas, no es adecuado que acuda a principios ajenos a éste pues se generan distorsiones en la interpretación de las normas que sí le son propias.

2. Las ESP Mixtas han sido desde la expedición de la Ley 142 de 1994, que creó los tipos de personas jurídicas que podían prestar servicios públicos domiciliarios, las que más discusiones han generado acerca de su naturaleza jurídica.
3. Como quiera que las empresas oficiales y mixtas en consideración al porcentaje de participación del Estado en su capital son entidades estatales en los términos del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, tendrían que aplicar los principios de función administrativa. Ahora bien, las empresas privadas con participación estatal son entidades públicas pero no estatales y junto con las empresas cien por ciento privadas estarían excluidas de la aplicación de dichos principios. La lógica detrás de esto es completamente perversa porque desnaturaliza el régimen único y especial que quiso el legislador de la Ley 142 para las prestatarias de servicios públicos domiciliarios.
4. La modificación indirecta realizada por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 al régimen de contratación de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios es cuestionable tanto desde una perspectiva formal como sustancial, lo que admite que la interpretación sobre su aplicabilidad en esos casos no debería ser pacífica y de ahí la pertinencia de la discusión alrededor de su empleo en dicho régimen.
5. La prestación de servicios públicos no se puede identificar con el ejercicio de función administrativa porque se trata de instituciones jurídicas distintas con características propias y elementos que permiten diferenciarlas. Por lo tanto, frente a ellas, la actividad contractual para el abastecimiento de los servicios y los bienes necesarios para la prestación de los servicios públicos ofrecidos por las Empresas es la que más se identifica como una actividad de gestión económica y más se aleja del ejercicio del *imperium* propio de las funciones públicas.

Capítulo II

Incidencia de la igualdad como principio de la función administrativa en la contratación de las ESP Mixtas

Introducción

La igualdad es uno de los pilares sobre los que se sustenta el Estado Social de Derecho Colombiano de conformidad con la Carta Política de 1991. Como parte del ordenamiento jurídico tiene formas tan variadas en donde funge como valor supremo, derecho fundamental, principio general y principio de la función administrativa, convirtiéndose en los casos concretos en los que está llamada a operar, en una regla jurídica de gran valor para la resolución de problemas jurídicos de alto impacto para la sociedad.

Ahora bien, el punto de partida de la concepción de la igualdad como principio objetivo y material que concibe la situación de cada individuo en comparación con la de otros que están en igual o distinta condición, es decir, igualdad entre iguales, y no igualdad entre desiguales, se empezó a construir con la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la concreción real del postulado que prescribe la igualdad de los ciudadanos ante la ley, con providencias que pretendían aterrizar la aplicación de este derecho en ámbitos diversos pero de gran importancia como lo destaca Cifuentes (2013) con un par de sentencias de la primera Corte en la que él mismo fue ponente. “En la primera, T-018 de 1995, se rechaza que por convención colectiva, los trabajadores de una empresa pública, estipulen que sus puestos puedan transferirse a sus herederos una vez los primeros cesen funciones” (p.58) y, en la segunda, la T-251, 1993, la Corte observa que “la tolerancia y negligencia de las autoridades de policía ambiental, que consientan a una empresa privada ejercer su actividad económica sin licencia ambiental,

se deriva en una violación a la igualdad de trato a la que tienen derecho los particulares” (p.59).

Lo anterior, que es una muestra de cómo se fue construyendo y consolidando ese principio en nuestra cultura jurídica, no implica por supuesto un trato igualitarista para que todos sean tratados exactamente del mismo modo, sino que persigue que con sus actuaciones las autoridades sean coherentes proveyendo el mismo trato a quienes están en situaciones semejantes, pues lo contrario significa una discriminación injustificada en contra de aquellos que reciben un trato diferente. A la par, en la Sentencia C-530, 1993, la Corte empezó a proclamar lo que se conoce como diferenciación, entendida como un “tratamiento diverso a situaciones distintas cuando tengan una base objetiva y razonable”, distinguiéndola así de la discriminación.

Por último, en este recorrido de decisiones que marcaron en sus inicios la aplicación de la igualdad real, cabe destacar la providencia C-022, 1996, que bajo el influjo de la teoría jurídica analítica y la coincidencia de criterios utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos, le abrió paso al hoy reconocido test de razonabilidad, tantas veces utilizado como guía metodológica para dar respuesta a cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual y determinar si es o no razonable la justificación ofrecida para establecerlo.

Desde la perspectiva propiamente contractual, la igualdad es un importante principio de aplicación permanente en las diferentes etapas de la actividad contractual de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que deben tomarlo en consideración desde la planeación de la contratación, pasando por la etapa precontractual, la contractual y la postcontractual dada la supremacía que ejerce la Administración sobre sus contratistas. Todo lo anterior descansa sobre la base del interés general implícito en los contratos del Estado, que

además están dotados de instrumentos especialísimos que rompen la relación horizontal que tradicionalmente existe entre las partes contratantes para garantizar la ejecución de las necesidades estatales.

Ahora bien, como lo discutiremos en este trabajo, la igualdad se tornó, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, en un principio que debía permear la operación contractual de todas las entidades estatales sin importar su régimen jurídico, es decir, con independencia de si estaban o no sometidas a la contratación pública y, por lo tanto, se volvió obligatorio integrarlo a sus regímenes especiales bajo el entendido que se trata de un principio de la función administrativa.

Sobre este asunto que consideramos de especial importancia jurídica en el régimen especial de los servicios públicos domiciliarios por el impacto que el mismo puede tener en la actividad de las ESP Mixtas y la incidencia que ello trae para su contratación, es precisamente que perseguimos desarrollar el presente documento con el fin de revisar si su aplicación se encuentra o no justificada, **dado que su aplicación agrega demoras en la consecución de los bienes, servicios y obras requeridos para adelantar su actividad, supone mayores complejidades a la hora de tomar decisiones relativas a la actividad contractual, demanda mayores trámites versus los que debe adelantar un prestador privado a la hora de contratar, e implica la consideración de conceptos adicionales a los propios de su régimen, en lo que tiene que ver con la evaluación de la gestión contractual de estas empresas por parte de los organismos de control.**

I. La igualdad como principio de la función administrativa

A. Análisis histórico

En la original Constitución Nacional de 1886 no se encuentran referencias a la función administrativa como institución jurídica, la misma contenía un concepto de “autoridad que tenía por fin cuidar y proteger a todos los habitantes de Colombia a través de los funcionarios dotados de un grado mayor o menor de imperio” (Devis, 2007, p.13), pero no incorporó como tal el concepto de función administrativa. En Colombia, su desarrollo es producto de “las reformas que tuvieron lugar en la segunda mitad del Siglo XX para una actualización de la administración central y la puesta en marcha de mecanismos de gestión pública y procedimientos de la actividad administrativa” (Vidal, 2004b, p. 317), que se materializaron en los Decretos 1050 y 3130 de 1968. Pero fue la Carta Política de 1991 la que le abrió paso a una concepción principialística de la función administrativa entendiéndola como una actividad del Estado que debía anteponer los intereses generales a cualquier otra consideración, señalando que la misma debía desarrollarse con fundamento en una serie de principios, concretamente los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mostrando una vez más, a través de una norma constitucional, la consolidación de la condición social del Estado de Derecho como un modelo capaz de armonizar el principio de legalidad con los derechos de las personas y, en este caso concreto, poniendo como base de la actividad administrativa estatal una serie de fundamentos jurídicos a partir de los cuales sus agentes podían y debían orientarse, interpretar e integrar las normas que informan dicha actividad con un margen de actuación encaminado a obtener la satisfacción del interés general.

Posteriormente fue expedida la Ley 489 de 1998 cuyo objeto es, entre otros, regular el ejercicio de la función administrativa. Su artículo 3° se refiere a sus principios dentro de los que enlista a todos los previstos por el artículo 209 de la Constitución y presenta además como tales, la buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia, señalando que su finalidad es la satisfacción de las necesidades generales

de todos los habitantes y que los organismos, entidades y personas que la ejerzan deben hacerlo consultando siempre el interés general.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA –, contempla como principios para interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, en consonancia con la Constitución Política y leyes especiales, la igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, eficacia, economía, celeridad, y contempla adicionalmente como tales, el debido proceso y la coordinación.

Así entonces, destacamos que en todas las normas analizadas se evidencia la presencia de la igualdad como principio de la función administrativa, es decir, no cabe duda que en todos los estatutos encargados de regular y reglamentar este tema, desde la norma de normas hasta las leyes expedidas bajo su amparo, la igualdad es considerada un pilar de la actuación administrativa del Estado y de los particulares que de manera permanente o transitoria la ejerzan.

B. Manifestaciones del principio de igualdad

Ahora bien, si regresamos a la Carta Política para revisar las manifestaciones y el desarrollo que sobre la igualdad existen en ella, más allá de su concepción como principio de la función administrativa, nos encontramos que está contemplada como uno de los valores del preámbulo, como derecho fundamental en el artículo 13, como base de los derechos sociales, económicos y culturales en el artículo 42 que habla de la igualdad de derechos y deberes de la pareja, en el artículo 53 sobre la igualdad de oportunidades de los trabajadores, en el artículo 70 sobre el deber del Estado de promover el acceso a la cultura a favor de los colombianos en igualdad de oportunidades, en el artículo 75 sobre la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético.

Así mismo, figura como materia de las leyes estatutarias para regular la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, en el artículo 180 como excepción a las prohibiciones de los congresistas para celebrar contratos cuando se trate de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones, en el artículo 227 como base de las relaciones internacionales para la celebración de tratados y más recientemente en el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2017, sobre la reparación de las víctimas del conflicto armado.

Es decir, la igualdad es un supra principio que permea todo el ordenamiento jurídico en los diferentes ámbitos del individuo, la familia, la sociedad, la economía, las instituciones, la justicia, los recursos naturales, el relacionamiento internacional, y que informa las actuaciones y los procedimientos que adelanta la Administración Pública.

Para la Corte Constitucional la finalidad del principio de igualdad “es conseguir que la misma sea real y efectiva a través de la aplicación de un trato diferencial positivo a favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (Corte Constitucional, T-330, 1993). Es por ello que de una manera casi uniforme desde sus primeras decisiones, a lo largo del tiempo y hasta la fecha, la Corte ha sostenido que la Constitución admite los tratamientos diferenciados más no los discriminatorios, pues los primeros parten de situaciones justificadas y razonables mientras que los segundos obedecen a la arbitrariedad.

Para el entonces Magistrado de la Corte Constitucional, Carlos Gaviria Díaz, “el punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula aristotélica según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” (Corte Constitucional, C-022, 1996), tesis a la que se le debe aplicar el test de trato desigual adoptado por la Corte para determinar la admisibilidad del trato diferencial y si el mismo es tolerable a la

luz de los valores y principios constitucionales tomando como punto de partida el preámbulo de la Carta Política que se refiere al aseguramiento de la igualdad a los integrantes de la Nación como un objetivo fundacional del ordenamiento constitucional Colombiano, que como lo señala Radbruch Gustav (citado en Gordillo, 2017 p. III-34) “la igualdad dejó de ser punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico”.

C. La igualdad en el marco de la función administrativa

Luego de esta revisión general de la igualdad como derecho y principio constitucional, volvamos a la especificidad que nos convoca y que se concreta analizando la igualdad como principio de la función administrativa. Para ello, vale la pena empezar por una aproximación legal del concepto que se encuentra en el numeral 2 del Artículo 3° del CPACA que, al referirse al tema, señala:

En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Ley 1437, 2011, art. 3).

Así entonces, la Ley, desarrollando la Constitución, manda a las personas dotadas de autoridad pública para que bajo el amparo y como consecuencia de dicha autoridad, concedan un trato igualitario desprovisto de discriminaciones, a todos aquellos que intervengan o se presenten ante ellas en las distintas actuaciones que les corresponda adelantar en el ámbito de su competencia, y en general, para que provean, en igualdad de condiciones, la salvaguarda de los derechos de los administrados así como la demanda del cumplimiento de sus obligaciones, reiteramos, sin consideración a aspectos subjetivos e implementando las acciones afirmativas a favor de aquellos que se encuentren en situaciones desfavorables debidamente valoradas.

La Corte Constitucional ha realizado una clasificación de los principios de que trata el artículo 209 Superior, considerándolos como finalísticos, funcionales y organizacionales. “Dentro de los primeros se encuentra la satisfacción del interés general, los últimos se refieren a la descentralización, la delegación y la desconcentración, y a la igualdad la ubica en el grupo de los funcionales” (Corte Constitucional, C-561, 1999), esto es, de aquellos que orientan la actividad de la Administración e integran la forma en que debe cumplir sus funciones de cara a los asociados, se trata de un tipo de norma cuyo destinatario es la Administración Pública pero que como lo menciona Parada (2012), es de aquellas cuya “aplicación y efectividad no se concibe sin la simultánea presencia de los ciudadanos” (p.12) por cuanto la forma en que se materializa y consolida la igualdad en el marco de la actividad funcional del servidor público, es cumpliendo con el mismo en su respectivo ámbito de actuación para que ello redunde en el equilibrio de la posición que cada ciudadano ocupa en la sociedad.

En línea con lo anterior, la misma Corte Constitucional en T-731, 1998, señaló las implicaciones que tiene la igualdad como principio de la función administrativa, al decir que:

... implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal (Corte Constitucional, T-731,1998).

Así las cosas, la igualdad es una guía insustituible para los funcionarios de la Administración Pública que a través de sus determinaciones generan y concretan derechos y obligaciones a favor y cargo de los administrados y que, por lo tanto, deben tomar en cuenta de manera permanente el alcance de este principio para efectivizar la

finalidad social del Estado y darle prevalencia al interés general a través del cumplimiento de las funciones administrativas que les han sido encomendadas.

Al respecto, Santofimio (2003b) sostiene que el principio de igualdad como derecho fundamental y aplicado a la actuación de la administración, “busca evitar el trato diferente, injustificado y discriminatorio por parte de las autoridades frente a los asociados, proclama un trato administrativo uniforme para toda la base de administrados característicamente similares, evitando discriminaciones no emanadas del orden positivo o aceptadas institucionalmente” (p.83).

Es decir, la Administración como encargada de adelantar las diferentes actuaciones administrativas que comprenden las funciones públicas a su cargo, de las que son destinatarios los administrados, debe ejercerlas y aplicarlas a favor de todos ellos sin distingo de raza, religión, orientación sexual o ideología política, pero sin desconocer la necesidad de desplegar acciones positivas a favor de aquellos que se encuentren en situaciones razonablemente diferentes por sus condiciones de debilidad manifiesta y, que por lo tanto, ameritan un trato distinto para tratar de alcanzar un equilibrio en relación con los demás asociados, sin que en modo alguno pueda apelarse al exceso de discrecionalidad; pues como lo diría García de Enterría (1991) “el principio de igualdad significaría, en definitiva, la prohibición de la arbitrariedad, de las diferenciaciones carentes de una razón de ser justificada” (p.212).

Podemos decir entonces, tal y como lo hemos venido exponiendo, que la igualdad como principio de la función administrativa apela a diferentes herramientas para que la Administración Pública, entendida como una “persona jurídica sujeto de derechos” (García de Enterría & Fernández, 2004, p. 32) conformada por una serie de órganos y agentes dotados con autoridad que tienen la función de administrar, esto es, “de entender y ejecutar las funciones, atribuciones y competencias que le son propias” (Santofimio, 2003c, p.35), se desenvuelva entre los asociados de forma tal que garantice

la realización material y efectiva de tal igualdad a través de la aplicación de esos mecanismos, dentro de los que se encuentran la no discriminación, la igualdad de las personas ante la Ley, la disposición de acciones afirmativas para los grupos en posición de debilidad manifiesta, la aplicación del test de trato desigual y la prohibición de tomar decisiones arbitrarias.

Ahora bien, la igualdad como principio de la función administrativa, presenta las siguientes características:

- (i) Es de rango constitucional, su consagración se encuentra prevista directamente en la Carta Política de 1991, artículo 209, su desarrollo legal se halla en la Ley 489 de 1998 y en la Ley 1437 de 2011.
- (ii) Es un principio funcional, es decir, encaminado a orientar la actividad administrativa a través de su aplicación directa en las funciones ejercidas por la Administración Pública.
- (iii) Hace parte de un conjunto de principios que además de los funcionales, está conformado por los finalísticos y los organizacionales.
- (iv) Se identifica plenamente desde un punto de vista dogmático con el derecho fundamental a la igualdad, es decir, persiguen los mismos propósitos, solo que en diferentes ámbitos.
- (v) Sus destinatarios son, tanto la Administración Pública como sujeto de derechos y obligaciones, como los ciudadanos usuarios del servicio público, éste último entendido “no en el sentido estricto de la Escuela de Burdeos, sino de algo mucho más amplio comprensivo de toda la

actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales” (García de Enterría & Fernández, 2004, p.61).

- (vi) Su razón de ser es servir como faro de la actividad de la Administración en cuanto la misma ejerza funciones administrativas.

Finalmente, sobre este principio respecto del que hemos hecho una revisión que comprende sus orígenes, su razón de ser, su consagración constitucional, desarrollo jurisprudencial y sus principales características, debemos anunciar que es válido decir que algunas entidades en las que participa el Estado, en atención a la finalidad que les ha sido planteada por el propio legislador en ejercicio de la libertad de configuración legislativa de la que es titular en este sentido, “no ostentan legalmente características dentro de las que quepa el ejercicio de función administrativa” (Corte Constitucional, C-629, 2003) y, por lo tanto, podemos plantearnos si es aceptable concluir que esas entidades no están obligadas a aplicar los principios propios de la función administrativa, así como revisar las restricciones que su imposición legal implica en materias como la contractual.

II. Alcance del principio de igualdad en los servicios públicos domiciliarios y restricciones que ejerce sobre la contratación de las ESP Mixtas

En este apartado nos proponemos revisar la significación que el principio de igualdad, como pilar de la función administrativa, tiene en general en el quehacer de las empresas de servicios públicos domiciliarios, revisando para ello la forma en que ese postulado se encuentra consagrado en las disposiciones legales y examinando cómo la jurisprudencia le da ha dado aplicabilidad en algunos aspectos particulares que involucran, normalmente, los derechos de los usuarios y las potestades unilaterales

consagradas a favor de las empresas. Finalmente, sobre la base de estos elementos y apoyados en la doctrina, se identificarán las incidencias que ese mismo principio ejerce sobre el régimen contractual de las ESP Mixtas.

A. Contextualización

Como quiera que la clasificación en materia contractual de Entidades Estatales está dada para algunas de ellas por el porcentaje de participación que en su capital tiene el Estado, tal y como se desprende de lo señalado en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 que específicamente señala que para esos efectos son estatales “... las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (Ley 80, 1993, art. 2) y, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-736 de 2007 decidió que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas debían considerarse como entidades descentralizadas ya que el hecho de que no hubiesen sido expresamente mencionadas en el catálogo que sobre éstas trae la Ley 489 de 1998 en su artículo 68, no significaba que no lo fuesen puesto que esa misma norma señala que el legislador puede, además de las allí señaladas, crear otras entidades descentralizadas con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio cuyo objeto principal fuera, entre otros, la prestación de servicios públicos, tal y como ocurre con las ESP Mixtas.

Siendo así las cosas y, en el entendido que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 mandó que las entidades estatales que por disposición legal tuviesen un régimen de contratación por fuera del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP) aplicaran los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución, al ser la ESP Mixta una entidad estatal no obligada a aplicar las reglas del EGCAP por expresa disposición legal, quedó sujeta a dicha regulación con la incertidumbre que ello apareja sobre su régimen especial. En

este caso, resulta oportuno citar lo dicho por Cárdenas Uribe & Atehortúa Ríos (2004) quienes a propósito de la incertidumbre derivada de aspectos confusos para los servicios públicos señalaron que “La introducción de teorías han traído como consecuencia que en la aplicación de las normas que tratan el tema de servicios públicos se presenten confrontaciones y disparidad de interpretaciones que no permiten obtener suficiente seguridad jurídica para tomar decisiones” (p.11).

Es decir, parece que la transformación de los servicios públicos en el país, que volcó al sector a la apertura de la actividad al ámbito competitivo para “aumentar la eficiencia en el suministro de bienes y servicios” (Valencia, 2004 pp. 9-10) desistiendo del monopolio del Estado (salvo en lo que se refiere a la reserva a su favor de ciertos ramos de los servicios en casos excepcionales) (Santaella, 2003, p.570), entregándole, en lugar de un papel empresarial, uno más administrativo referido a las funciones de regulación, inspección y vigilancia, pero dejándole a salvo la posibilidad de concurrir con los particulares en igualdad de condiciones en el rol de prestador, y sin perder de vista su vinculación directa como sector al Estado Social de Derecho (Sánchez Luque, Pacheco de León, & Alvarado Rincón, 2002, p.24), empieza a encontrar, más de diez años después de promulgadas las leyes sobre servicios públicos domiciliarios, nuevas particularidades jurídicas que ponen a los partícipes públicos en condiciones distintas de las de sus competidores a la hora de contratar a los terceros que los provean de los bienes y servicios que requieren para llevar su servicio público a los usuarios. Esto, como lo destaca Araújo (2007) no es más que una muestra adicional de que “los servicios están inmersos en un marco normativo complejo por su vinculación a la finalidad social del Estado” (p. 149).

Ahora bien, como lo menciona Arias (2012), la perspectiva sobre la participación del Estado en los servicios públicos debe estar dada por un “régimen jurídico que diferencie las actividades de la administración: unas donde el Estado sea verdadero competidor a la par y en concurrencia con los particulares y otras donde las

obligaciones especiales para asegurar su prestación consoliden sus privilegios y prerrogativas” (p.53). Esto es, que no se impongan prerrogativas o cargas al Estado en función de un criterio orgánico con independencia del rol que se encuentre cumpliendo en los servicios públicos, sino que el régimen jurídico corresponda al papel que el ordenamiento le ha entregado, bien sea como prestador o como garante de la prestación de los servicios.

Es por ello que las ESP Mixtas se ven enfrentadas a la aplicación en su actividad contractual del principio de igualdad contenido para la función administrativa en la Constitución Política y con ello, se abre paso el surgimiento de dificultades que van desde la falta de claridad en su aplicación, pues por tratarse de una norma de textura abierta el alcance de su contenido no está explícitamente definido en la Ley y, en consecuencia, no es legible cuáles son las actividades concretas que deberían desplegarse para garantizar su aplicación y evitar su transgresión, lo que deja en una zona de incertidumbre a los operadores jurídico contractuales de esta clase de empresas; además, generando una zona de erosión que empieza a separar la forma en que se debe entender y aplicar el régimen de contratación diseñado para todas las Empresas de servicios públicos domiciliarios.

B. Aplicabilidad de la igualdad en los servicios públicos

Dicho lo anterior, es fundamental desentrañar el alcance y las restricciones que ese principio en particular ejerce, primero sobre el sector de los servicios públicos domiciliarios en general y, en segundo lugar, de forma concreta sobre la contratación de las ESP Mixtas con el fin de iniciar la identificación de las particularidades que ello apareja.

Antes que nada refirámonos brevemente a los principios como institución jurídica reseñando algunas definiciones que sobre ellos hace la jurisprudencia y la doctrina para plasmar un acercamiento conceptual.

La Corte Constitucional, T-406, 1992, señaló al respecto:

Los principios constitucionales consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de interpretación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional (Corte Constitucional, T-406,1992).

En esa misma providencia, la Corte, en relación con los valores, consideró que:

...representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, pueden tener consagración explícita o no... de este tipo son... la igualdad. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar (Ibíd.).

Así mismo precisó que su naturaleza abierta les asigna una eficacia interpretativa, al precisar:

...su condición de valores fundamentales les otorga una enorme generalidad y una textura interpretativa abierta. Dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, sólo tienen una eficacia interpretativa (Ibíd.).

En ese caso, la Corte entiende por principios constitucionales las bases mismas de la Carta Política de 1991 que se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre gobernantes y gobernados (soberanía popular, supremacía de la Constitución, el Estado Social de Derecho, la democracia, la dignidad humana, la prevalencia del interés general) y, resalta que:

Su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica son la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.

...

La diferencia entre principio y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales (Ibíd.).

Es decir, se concibe tanto a los principios como a los valores como normas jurídicas que se distinguen en grado lo cual les puede restar eficacia pero no validez. Ahora bien, la utilización muchas veces de manera indistinta de esos términos como si fuesen sinónimos, en algunas oportunidades dándoles un sentido prevalente en el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en la sentencia que hemos transcrito que, cabe advertir es una decisión hito en este sentido por ser de las más rigurosas a la hora de distinguir los conceptos, y en otras, dándoles solo el carácter de criterio auxiliar (Corte Constitucional, C-083, 1995), le ha valido duras críticas a la Corte (Estrada Vélez, 2011, p. 56), puesto que no le permite al operador jurídico entender desde la dogmática, la concepción que realmente le cabe a cada instituto dificultando la revisión del alcance que cada uno de ellos tiene.

De todas formas, huelga concluir que el tema de los principios y valores se queda en nuestra doctrina constitucional dentro del rango de normas jurídicas que son en mayor o menor medida materializables per se, pero que en definitiva informan el sistema de reglas de manera directa o a través de la casuística y que se erigen como límite al ejercicio del poder del Estado en diferentes ámbitos.

Por su parte, la igualdad tiene una doble condición, tal y como quedó visto en el capítulo anterior, puesto que su consagración en el preámbulo se hace a título de valor y

en el texto de la Carta, concretamente en el artículo 209, tiene el carácter de principio explícito pues así lo dice directamente la norma que la contiene. Al respecto, los principios, según los positivistas, pueden ser expresos cuando están respaldados en una norma Constitucional o Legal, o implícitos cuando surgen de la interpretación de varias normas “que constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio” (Jiménez Gil, 2004, p. 26), por ejemplo a través de la analogía.

En la doctrina podemos encontrar, por ejemplo, una definición de Comanducci (1998) (citado en Jiménez Gil, 2004), que indica que los principios pueden ser definidos sobre la base de una débil separación con las reglas como “normas jurídicas configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador), o en la fase de aplicación a un caso concreto (por el juez). Esta configuración de la norma como principio esta sobre la base de la presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema” (p.18).

Ahora bien, existe otra diferenciación en la concepción de los principios que se refiere a una noción que los postula como fuertes o débiles, la posición débil tiene una concepción de los principios como normas extra sistemáticas que los ven solo como criterios no obligatorios a los que se acude solo en últimas para resolver casos difíciles; uno de sus defensores, de acuerdo con Estrada Vélez (2016), es el italiano Giorgio del Vecchio (1971) que los entiende “principalmente como principios de derecho natural que solo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas” (p.55).

Por el contrario, el mismo Estrada Vélez (2016) que defiende una posición fuerte de los principios, la cual compartimos, manifiesta que:

... se ha transitado de una idea de principios como normas morales, extra-sistemáticas o subsidiarias, a la noción de principios como principales normas del ordenamiento jurídico de las que se desprenden estas

funciones principales: fundamento de derechos fundamentales, criterios de validez material de las restantes normas, medios de concreción de los valores, principales herramientas para la legitimación racional del poder del Estado y razones para la decisión en las sentencias de las altas cortes (p.49).

Es decir, el papel de los principios jurídicos es supremamente relevante en el orden constitucional y legal Colombiano que no se agota en funciones interpretativas e integradoras, sino que su existencia es clave en diferentes ámbitos jurídicos e incluso obligatoria, al permitir la concreción de derechos fundamentales; fungir como límite al ejercicio del *imperium* del Estado; servir de base a las decisiones judiciales, no solamente llenando vacíos dejados por las reglas jurídicas sino integrándose como reglas a casos concretos; proporcionar criterios para decidir sobre la validez de las demás normas y, en general, defender el orden constitucional.

Con base en la exposición efectuada y en el entendido de que la igualdad para la función administrativa tiene el carácter de principio y, en consecuencia, se comporta como una norma jurídica capaz de imponer límites al ejercicio del poder que de aquella se desprende, es necesario validar cómo interviene en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Empecemos por revisar el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 que específicamente señala que:

Artículo 3. Principios de la Función Administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. **Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.** (Resaltado nuestro) (Ley 489, 1998, art. 3).

Es decir, para esta norma la igualdad como principio de la función administrativa es aplicable ***en la prestación de servicios públicos*** (énfasis nuestro), esto es, se refiere

no a los servicios públicos en general acogiendo a cualquiera de las actividades que se despliegan alrededor de los mismos por parte de las empresas prestadoras, sino que se detiene concretamente en su prestación, lo que entendemos como las operaciones sustanciales que componen el núcleo esencial de los servicios.

Adicionalmente, agrega que esa aplicación lo será en cuanto fuere compatible con su naturaleza y régimen, es decir, no persigue una adaptación absoluta en la prestación de los servicios públicos a los principios de la función administrativa, sino que limita su radio de acción a la compatibilidad de los mismos con el régimen especial diseñado por el legislador, reconociendo, indirectamente, la prevalencia que ese régimen tiene en relación con los servicios y la imposibilidad e inconveniencia de modificarlo sin consideración a las reglas que preferentemente le resultan aplicables. Sobre este asunto Sánchez (2008) ha dicho que los principios que orientan la función administrativa sólo resultan aplicables a los servicios públicos “si aquellos son compatibles con su naturaleza. O lo que es igual, la naturaleza de los servicios públicos es diferente a la de la función administrativa, y por ello su régimen no está previsto en la Ley 489 de 1998” (p.63).

Así las cosas, la igualdad como principio de la función administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998 y la interpretación que de manera sistemática debemos hacer para poder acotar su alcance con la Ley 142 de 1994, se refiere a las actividades que de conformidad con su propio régimen especial pueden ser entendidas como el ejercicio de función administrativa y solo en la medida en que dicho régimen así lo permita, que resulta aplicable a todos los prestadores sin distinguir quién compone su capital, ya que la norma no hace ninguna distinción en relación con esa situación y el criterio que utiliza es material y no orgánico, lo que permite que no se generen distorsiones en las reglas del juego.

Al respecto, algunas decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como los análisis de la doctrina ejemplifican lo expuesto, haciendo referencia a la aplicación de la igualdad en la prestación de los servicios públicos y de manera general destacando la presencia de función administrativa dentro de los mismos, lo que por contera significa que es obligatoria la aplicación del principio de igualdad, veamos:

- a. **En relación con los subsidios.** Se dijo que se otorgan para cubrir el costo de los servicios públicos de la población con menor capacidad económica, que “...la política de subsidios es un instrumento dirigido a buscar que la igualdad sea real y efectiva y se evite que, con ocasión de su organización y puesta en marcha se genere discriminación y marginalidad”. Así las cosas, se trata de dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 368 de la Carta Política que se refiere a la posibilidad de que la “nación, los departamentos, los distritos, los municipios u las entidades descentralizadas concedan subsidios para que las personas de menores ingresos paguen las tarifas de los servicios públicos domiciliarios” (Corte Constitucional, C-566, 1995), el cual fue desarrollado en la Ley 142 de 1994, entre otros, por los artículos (i) 2.9 “Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad” (Ibíd.) y (ii) 99, que se refiere a la forma de conceder subsidios.
- b. **Igualdad de los usuarios en la prestación del servicio.** La Corte Constitucional, T-432, 1992, dice que “la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias”. Lo anterior, para referirse concretamente a la igualdad en el acceso a los servicios públicos, señalando que el “ordenamiento jurídico sobre servicios públicos domiciliarios, se preocupa por colocar medios aptos

para lograr en la mayor medida posible una situación de igualdad de oportunidades en la obtención del servicio, no obstante concede preferencias a las solicitudes de ocupantes de viviendas de interés social”. Es decir, resalta esa providencia el hecho de que estamos ante un principio objetivo, al predicar igualdad entre iguales y diferencia entre desiguales y, que por lo tanto, es ajustado a la Carta que quienes están en condiciones más desfavorables reciban una atención prioritaria en la instalación del servicio por parte de las empresas prestadoras, frente a quienes no están en posiciones precarias que pongan en riesgo sus condiciones de salud, integridad e incluso su vida. Lo anterior, implica que pese a que las solicitudes hayan sido recibidas cronológicamente en determinado orden, el mismo se vea trastocado para dar prevalencia a quienes están en circunstancias especiales que merecen ser atendidas de manera preferente. Sobre la igualdad en el acceso, Molina (2007) dice que de “forma igualitaria, sin posibilidad de discriminación, cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios”. (p. 211). Garantía que ha sido reconocida por la misma Corte Constitucional, al establecer los servicios como universales, es decir, en palabras de este mismo autor “sin discriminación alguna, a todas las personas que sean titulares de las necesidades que se buscan satisfacer mediante dichos servicios”. (p. 212).

- c. **En el cumplimiento de obligaciones de la empresa que afectan al usuario.** (Corte Constitucional, T-927, 1999) la Corte hace referencia al derecho que tienen los usuarios de recibir el mismo trato de parte de las empresas prestadoras de los servicios sean estas entidades públicas o no, que deben ajustar sus decisiones a derecho, concretamente a luz de la solidaridad en las deudas por servicios públicos existente entre inquilino y

propietario del inmueble, si las empresas toleran el impago de obligaciones del inquilino por más de tres meses y luego persiguen al propietario a pesar de no haber cortado el servicio cuando están la obligación legal de hacerlo. Además, se abstienen de cobrarle al inquilino, están vulnerando el principio de igualdad, ya que no le están dando el mismo tratamiento a los deudores, permitiendo que recaiga sobre uno de ellos el peso de las omisiones permitidas por la empresa.

- d. **En la decisión de peticiones, quejas, reclamos y recursos.** Es en esta clase de actuaciones que involucran la decisión unilateral por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios alrededor de las peticiones, quejas, reclamos y recursos interpuestos por los usuarios de los servicios, en donde se evidencia de manera más clara el ejercicio de la función administrativa por parte de aquellas, y, en consecuencia, la necesidad y obligatoriedad de ajustar su comportamiento a un principio como el de igualdad, con el fin de salvaguardar los derechos de los terceros implicados en esta clase de actuaciones. Ello, dado que en este caso los prestadores se comportan como autoridades dotados de prerrogativas en la toma de determinaciones relevantes en la prestación del servicio, situación que se deriva directamente de las facultades que les ha conferido la Ley. Así fue reconocido por el alto tribunal constitucional, al señalar:

Las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que **las habilitan para cumplir funciones administrativas** que van desde la resolución de peticiones, quejas y reclamos hasta la decisión del recurso de reposición, ofreciéndose

como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública...
(Resaltado nuestro). (Corte Constitucional, C-558, 2001).

Nótese que, en este caso, es claro que las empresas están provistas de *imperium*, de prerrogativas, que ejercen poder en la relación que tienen con sus usuarios alrededor del servicio público y que, por lo tanto, se comportan como una autoridad administrativa para resolver directamente las peticiones, quejas y reclamos que le son elevados por éstos, todo lo cual conlleva a que el ordenamiento les imponga los principios de la función administrativa como límites al ejercicio de ese poder para evitar abuso sobre el mismo.

- e. **En la negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación.** De manera similar a lo previsto en el literal anterior, las empresas, en general, sin consideración a su naturaleza jurídica, tienen la potestad de producir actos administrativos relacionados con estos asuntos, mediante decisiones unilaterales como la negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, las que ordenan su suspensión o terminación y las que deciden el corte del servicio y su facturación, así fue reconocido por el Consejo de Estado, Expediente S-701,1997. Para tales efectos, la Ley 142 de 1994 contempla una serie de reglas encaminadas a la producción de esos actos unilaterales, todo lo cual encaja perfectamente dentro del alcance de lo que implica el ejercicio de la función administrativa por parte de los prestadores de servicios públicos, ante la innegable presencia de una posición de autoridad en relación con los usuarios y la prerrogativa de decidir en esa calidad sobre materias asociadas directamente al núcleo esencial del servicio. Así las cosas, es incuestionable la presencia que debe tener el principio de igualdad, el cual debe observarse durante todo el procedimiento administrativo que adelante cada operador y que como

lo reconoce Atehortúa (2006) se trata de prerrogativas que la ley reconoció a los operadores “sin distinguir si su naturaleza es oficial, mixta o privada, modificando el paradigma que consideraba que el ejercicio de poderes exorbitantes estaba asociado al Estado y que los particulares no podrían hacer uso de los mismos” (p.85).

- f. **En relación con el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de los bienes.** Sobre estas facultades que se encuentran contempladas en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, debemos aclarar que las mismas pueden estar referidas a la producción de decisiones unilaterales para su materialización pero en algunos aspectos requieren de las respectivas autorizaciones de las entidades municipales que resulten competentes en cada caso concreto; en este último grupo se encuentra el uso del espacio público, que de acuerdo con el artículo 26 de la misma Ley 142 debe ser solicitado en cada municipio, es decir, por sí mismos los prestadores no auto determinan nada al respecto, lo mismo ocurre con la ocupación temporal de inmuebles para la que requieren autorización municipal o de la entidad correspondiente como lo señala la parte final del artículo 57 de la misma Ley. Ahora bien, en lo que se refiere a servidumbres tampoco se emiten actos administrativos que den lugar a su constitución de manera directa por las empresas, puesto que en estos casos la imposición solo pueden hacerla, por acto administrativo, las entidades territoriales y la Nación cuando tengan competencia para prestar un servicio público y las Comisiones de Regulación. Finalmente, la enajenación forzosa o expropiación de bienes tampoco es una facultad que por regla general pueda ser ejercida por todas las empresas, pero aquellas que lo hagan están ejerciendo una función administrativa que deben ejecutar cumpliendo con el principio de igualdad aplicable a esta materia.

g. **En el ejercicio de las cláusulas excepcionales.** Es así como en materia contractual se evidencia la presencia de actuaciones administrativas por parte de las empresas prestadoras de los servicios, puesto que en consonancia con lo afirmado por Suárez (2010) “en esos eventos se estará en presencia de actos administrativos cuando se haga uso de las cláusulas excepcionales en aquellos contratos que las tengan por orden o autorización de las Comisiones de Regulación” (pp. 127-128). Es decir, que los operadores podrán ejercer potestades especiales que obligan a que sus contratistas se sujeten a las decisiones que en este sentido se tomen como si se tratará de entidades estatales sujetas al EGCAP, lo que significa que es necesario que en el ejercicio de tales prerrogativas se aplique entre otros, el principio de igualdad.

Como lo dijo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2010) “La ley 142 de 1994 otorga a los prestadores de servicios públicos domiciliarios ciertas facultades propias de las autoridades, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio” (p.12). Todo ello implica a su vez la imposición de una serie de limitaciones al ejercicio de esos poderes para balancearlos con los derechos de los administrados que quedan sujetos a las decisiones que en su ejercicio toman tales prestadores; y es allí donde la igualdad, como principio funcional de la función administrativa, juega un rol preponderante, llamado a servir de barrera de tales prerrogativas para prevenir o contener los excesos que en su desarrollo puedan presentarse.

En la misma línea de lo expuesto se pronunció la Corte Constitucional, al señalar:

Si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados. (Corte Constitucional, C-263, 1996).

Así entonces, hemos visto como incide el principio de igualdad en el ejercicio de la función administrativa que les cabe a las empresas de servicios públicos cuando se comportan como autoridades públicas facultadas, como lo menciona Álvarez (2003), “de decisión previa y auto tutela administrativa” (p. 290); veamos ahora cómo incide ese mismo principio en las relaciones contractuales, referidas no al contrato de condiciones uniformes, sino a los negocios jurídicos que adelantan con terceros para el abastecimiento de los servicios y bienes necesarios para la prestación del servicio, es decir, los que se celebran los prestadores en el giro ordinario de su actividad.

C. Incidencia de la igualdad en la contratación de las ESP Mixtas

Empecemos por precisar que ni la Ley ni la jurisprudencia se han encargado de desarrollar en qué debe consistir la aplicación del principio de igualdad en la contratación de las ESP Mixtas y, por lo tanto, nos apoyaremos en lo que sucintamente ha señalado la doctrina para construir lo que en nuestra opinión son las restricciones que tal principio deriva en la actividad contractual.

Sobre el particular ha sido sobretodo el profesor Atehortúa, en diferentes publicaciones, quien más se ha pronunciado sobre lo que a grandes rasgos significa que las ESP Mixtas, deban aplicar el principio de igualdad a la luz del mandato contenido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, diciendo que:

... en la contratación no se pueden fijar reglas discriminatorias de ningún tipo, y afectarse la neutralidad; obviamente la aplicación de este principio no limita de un lado el establecimiento de calidades positivas a los contratistas, ni la posibilidad de dar un trato diferente a los contratistas que se encuentren en una condición diferente, pues la igualdad sustancialmente se predica entre iguales. (Atehortúa, 2008, p. 225).

Es decir que, en la etapa contractual, para la cual las empresas ya han establecido los vínculos negociales con sus proveedores y estos ostentan la calidad de contratistas, deben fijar reglas que los mantengan en las mismas condiciones y evitar tratos en los que se prefiera a unos por encima de otros, salvo que algunos de ellos se encuentren en situaciones ciertamente distintas que justifiquen tal tratamiento diferenciado, pues de lo contrario podría considerarse discriminatorio.

Así mismo, en relación con lo que ese mismo principio implica durante la etapa precontractual el autor señaló que “todos los proponentes en procesos de contratación se someterán a los mismos criterios de selección que serán fijados mediante reglas previas, claras y objetivas” (Atehortúa, 2009, p.420).

Fijémonos que en este punto el principio se involucra directamente en el proceso de selección del contratista, lo que significa que las empresas deben desplegarlo en la etapa precontractual concebida como la fase que se adelanta por el contratante para obtener la oferta que mejor pueda satisfacer sus intereses, para lo cual, basados en el principio de igualdad, deben aplicar las mismas condiciones de selección a todos cuantos quieran participar del proceso de contratación.

En esa misma vía, aunque no referido específicamente a la igualdad en la contratación de las ESP Mixtas o en el sector de los servicios públicos domiciliarios, sino en general en la celebración de contratos estatales, Matallana (2009) señala que ésta se refiere a la “garantía que debe otorgar el Estado a los ciudadanos que muesten interés de presentar una oferta de un bien o servicio, para que defina unas reglas de

selección objetivas que les permitan participar en condiciones que no generen privilegios” (p. 62).

Así pues, ciertamente la igualdad implica per se la imposición de restricciones a la actividad contractual, como quiera que es en virtud suya que no podría ejercerse ninguna forma de distinción (salvo las positivas) respecto de los proveedores, oferentes y contratistas de las ESP Mixtas, es decir, se demanda un tratamiento neutral a su favor, todo lo cual se constituye como una limitante en la selección del cocontratante, la formación del contrato, el establecimiento de requisitos, entre otros.

Partamos de esa base para decir que bajo la égida de la igualdad, las ESP Mixtas tendrían que establecer en todos sus procesos de contratación, entre otros (i) criterios de selección e informarlos a los proveedores, (ii) construir los criterios con base en reglas claras y objetivas, (iii) fijarlos de manera previa a la evaluación de las ofertas y (iv) aplicar esas reglas de manera homogénea para todos los participantes.

Así las cosas, hemos evidenciado que, en efecto, las restricciones existen, se han concretado algunas de manera enunciativa y podemos concluir que están presentes a lo largo de la actividad contractual, esto es, en sus fases precontractual y contractual.

(i) En la Fase Precontractual:

- a. Sobre el procedimiento de selección del contratista: Deben pre establecerse, es decir, estar contenidos en un documento propio de cada empresa, por ejemplo, en un Manual o Reglamento de contratación, en el que se señale concretamente por la naturaleza, por la cuantía o, en general, utilizando cualquier otro criterio objetivo, cuál procedimiento o modalidad de selección utilizará la empresa en calidad de contratante, con

el fin de que todos los interesados puedan, en igualdad de condiciones, decidir si participan o no de los mismos y exigir que se utilice en cada caso el mecanismo de selección previsto por el Manual o Reglamento.

Así se evidenció, por ejemplo, del hallazgo número 5 contenido en el informe efectuado por la Contraloría General de Medellín a la Regional de Occidente S.A. E.S.P. para la vigencia 2013 en el que señaló que hubo un “No cumplimiento al Decreto Contractual” de dicha empresa, es decir de su “manual de contratación” ya que la entidad realizó una contratación sin atender fielmente los requisitos contenidos en dicho manual, lo que supone “la vulneración del principio de transparencia artículo 209 de la Constitución Política de Colombia. Lo cual se tipificó como un hallazgo con posible incidencia disciplinaria” (p.15).

- b. En la fijación y aplicación de los términos para adelantar el proceso: Es decir, los períodos para llevar a cabo un proceso o conceder un plazo para que los oferentes cumplan con determinada actividad o requerimiento; deben ser los mismos para todos ellos, sin que sea posible por regla general conceder a algunos tiempos más amplios o restringidos que a otros.
- c. En la determinación de los criterios de participación y selección: Deben fijarse anticipadamente e informarse a todos los interesados en el documento utilizado por la entidad contratante para señalar las condiciones del proceso, esto es, en los pliegos de condiciones, términos de referencia, condiciones de invitación o condiciones para ofertar o similares, con el fin de que los proveedores puedan, en igualdad de condiciones, conocer cuáles son esos criterios y determinar sus

posibilidades de participar y ganar, cuestionarlos, solicitar su modificación, eliminación o la inclusión de otros.

Una muestra de lo señalado podemos tomarla del Informe de Auditoría Regular practicado por la Contraloría General de Medellín a EDATEL S.A. E.S.P. en el año 2011 que señaló que “la solicitud privada de ofertas no contempló las condiciones de los indicadores financieros que le permitieran al oferente decidir sobre la presentación de la oferta si cumplía con los resultados mínimos exigidos, pero después de entregada la oferta se analiza el índice de endeudamiento” (pp. 18-19)

- d. En la aplicación a las ofertas de los criterios de participación y selección: De modo que, durante el período de evaluación de las propuestas presentadas, los criterios fijados en los documentos precontractuales deben aplicarse de manera homogénea a todas las ofertas.

Ello puede ejemplificarse con el hallazgo 17 contenido en el Informe Final AGEI regular a EMCALI producido por la Contraloría en el año 2014 al cuestionar que esa entidad “en algunos procesos de selección, estableció indicadores financieros de nivel de capacidad económica a evaluar al contratista los cuales fueron excluidos previamente a la suscripción de los contratos (...): Lo anterior, contraviniendo los principios de la función administrativa estipulados en el artículo 209 de la Constitución Política” (p. 23).

- e. En la decisión de adjudicación del contrato: De manera que la misma corresponda a la oferta que haya cumplido los requisitos exigidos y haya obtenido el mejor puntaje de conformidad con los criterios establecidos en el proceso, es decir, esa determinación no podría obedecer a razones de

conveniencia, competencia u otras, ya que la actuación de la contratante no sería neutral.

(ii) En la fase contractual

- a. En la celebración y legalización del contrato: De modo que, los términos para acudir a la suscripción del contrato, así como el tiempo concedido para la constitución de garantías y presentación de otros requisitos necesarios para dar por cumplida esa etapa se hayan fijado en igualdad de condiciones desde el proceso de selección y los mismos sean exigidos y respetados a todos los contratistas.
- b. Durante la Supervisión o vigilancia en el cumplimiento del contrato: De forma tal que obedezca a las particularidades propias de cada contrato, pero se ejerce a través de instrumentos uniformes diseñados en general para toda la actividad contractual de la empresa contratante.
- c. En la evaluación de los contratistas: Es decir, la valoración que hacen las empresas en relación con los aspectos generales propios del contrato y determinadas particularidades de la persona natural o jurídica que funge como contratista en aspectos como salud y seguridad en el trabajo, relaciones con sus proveedores, empleados y grupos de interés, responsabilidad social empresarial, sostenibilidad y medio ambiente, debe realizarse bajo criterios uniformes establecidos desde la celebración del contrato para que en igualdad de condiciones los contratistas sepan a qué se están sometiendo en estos casos.

Al respecto, traemos a colación lo señalado por la Contraloría General de la República relacionado como hallazgo 3 en el Informe de Auditoría para

la vigencia 2016 de ISA S.A. E.S.P., señalando que pese a que determinados “contratos de Alianza Estratégica, se evidencia que obtuvieron una calificación inferior a 80 puntos, sin embargo no se realizaron los Planes de Mejoramiento respectivos” (p. 25) tal y como lo prevén sus directrices corporativas.

Finalmente, sobre la etapa contractual, como muestra de las limitaciones expuestas, tenemos también el Informe de Auditoría Gubernamental de la vigencia 2014 de la Contraloría General Santiago de Cali, en evaluación de la gestión contractual de EMCALI EICE ESP, quien señaló que se evidenciaban debilidades tales como el “incumplimiento de los principios de planeación, libre concurrencia e igualdad para el proceso contractual, por la suscripción de múltiples otrosíes” (p. 14).

No nos referimos en este caso a la etapa de liquidación del contrato como una fase más en la que se identifican las restricciones, como quiera que la misma no es obligatoria en los contratos que se rigen por el derecho privado. Sin embargo, si dicha etapa ha sido auto impuesta por algunas ESP Mixtas en sus normas internas de contratación, en lo que respecta a la incidencia del principio de igualdad sobre la misma, deberán adelantarla observando términos previamente establecidos, permitiéndole a todos los contratistas en cuyos contratos deba agotarse esta actuación el pronunciamiento sobre lo contemplado en el acta de liquidación y dándoles un tiempo idéntico para ello.

Hecho este listado enunciativo, el cual pretende aterrizar las restricciones que la igualdad como principio impone en el desarrollo de la actividad contractual de las ESP Mixtas, podría pensarse que pese a que la regla general en la contratación de esta clase de empresas es el derecho privado, con la aplicación de los principios de la función administrativa, en este caso, la igualdad, esa regla general se ve invertida. Lo anterior,

pues pese a que no deban acudir directamente a los procedimientos de selección contemplados en la Ley 80 de 1993, sí se ven avocadas a desarrollar actuaciones que se asocian mucho más con el derecho público que con el derecho privado, de hecho así lo reconoce Benavides (2004) cuando señala, al diferenciar la contratación pública de la privada y de sus finalidades es que “El derecho contractual de la administración busca el respeto del principio de igualdad entre quienes aspiran a contratar con el Estado” (p.286).

Dicho lo anterior, consideramos necesario preguntarnos si las limitaciones traídas por el principio de igualdad en el marco de la función administrativa a la que pertenece, se encuentran o no justificadas en el ámbito de la actividad contractual de las ESP Mixtas, lo cual abordaremos en el siguiente capítulo.

III. Análisis sobre la justificación o no de las restricciones impuestas por el principio de igualdad a la contratación de las ESP Mixtas

No podemos perder de vista, como lo hemos venido señalando, que incluso antes de la Ley 1150 de 2007, la Ley 489 de 1998 se había referido a la obligatoriedad de aplicar esta clase de principios por parte de los prestadores de servicios públicos tal y como se lee en el artículo 3 de ese estatuto, y, sin embargo, la forma en que ambas disposiciones están concebidas apuntan, en nuestro concepto, a aspectos diferentes del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como quiera que el primero se refiere concretamente a la actividad contractual de las entidades estatales, en este caso, entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios y, el segundo, a la prestación de los servicios en sí misma como actividad principal del sector.

Partiendo de la distinción anotada, advertimos que la discusión que traemos a colación se centra en el tratamiento de función administrativa que se le daría a la actividad contractual de las ESP Mixtas si consideramos que es ajustado y aceptable que deban aplicar esta clase de principios en desarrollo de la misma. Lo anterior, para indicar que los cuestionamientos no recaerán sobre otros aspectos del régimen de los servicios públicos distintos a la actividad contractual, más allá de que sea o no debatible la aplicación de tales principios sobre éstos.

Ahora bien, lo cierto del caso es que no estamos desconociendo la existencia clara de prerrogativas de derecho público consagradas por la ley a favor de las empresas prestadoras de servicios públicos, en relación con las cuales consideramos pertinente y ajustado el ejercicio de control que funcionalmente cumplen los plurimencionados principios, tal y como quedó visto en el capítulo; más aún cuando en razón de la libertad de entrada al sector se asentó, como lo diría Álvarez (2003), “un cambio de paradigma, que generaliza la prestación en manos de particulares, en ejercicio de la libertad de empresa, lo que invita a reflexionar sobre la posibilidad de otorgarles potestades y prerrogativas para el cumplimiento de su función” (p.281), reflexión que hemos venido construyendo y que se alinea, entre otros, con el pensamiento que concibe la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión en los servicios.

Así las cosas, abordemos desde diferentes perspectivas el análisis sobre la justificación de las restricciones que la igualdad como principio de la función administrativa impone a la contratación de las ESP Mixtas.

(i) Desde la diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión en los servicios.

Las particularidades que involucran los servicios públicos domiciliarios y la innegable mixtura de su régimen en el que participan en mayor o menor medida el

derecho público y el derecho privado para regular los distintos asuntos que los integran, han permitido identificar en el contenido de las actividades que desempeñan las empresas en el giro ordinario de su negocio o en el ejercicio de las facultades que le ha confiado la ley para garantizar que la prestación sea eficiente, eficaz y organizada, una válida división de sus actos entre actos de autoridad y actos de gestión de los servicios.

Los actos de autoridad se refieren a aquellos que producen los prestadores cuando actúan en calidad de autoridad pública en el ejercicio de las prerrogativas de las que los ha dotado la Ley y cuya fuerza obligatoria es vinculante para sus destinatarios, que la mayoría de las veces son los consumidores o usuarios que en esos casos están obligados a sujetarse a la determinación tomada por la autoridad administrativa con la que se encuentra investido el prestador.

Aclaremos en este punto que tales actos se producen sobre todo en desarrollo del vínculo que existe entre la empresa y sus usuarios y no en desarrollo del vínculo existente entre la empresa y sus contratistas. La Corte Constitucional reconoció en relación con el lazo empresa - usuario que esta actúa como una autoridad, señalando que:

Es claro que por regla general al ser las empresas de servicios públicos verdaderas autoridades están sometidas a los principios constitucionales y legales propios de la función administrativa y el control de constitucionalidad y legalidad de sus decisiones deben ser sometidas al escrutinio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el ejercicio de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho según corresponda en cada caso. (Corte Constitucional, T-270, 2004).

Es decir, en estos casos las ESP Mixtas producen verdaderos actos administrativos dotados de las características que le son propias, susceptibles de recursos en sede administrativa y controlables por la jurisdicción.

Adoptando la definición que tiene Santofimio (2003b) de actos administrativos, podemos decir que cuando nos referimos a actos de autoridad, hablamos de la producción de manifestaciones unilaterales de voluntad de las empresas, en ejercicio de funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos (p. 131).

Así las cosas, la fuerza que acompaña la decisión unilateral que está en capacidad de tomar el prestador en determinados casos, proviene de la función administrativa que le ha sido autorizada ejercer, esto es, esa determinación debe acompasarse a las posibilidades que para cada caso concreto le establezca el ordenamiento jurídico.

Y es claro que los que denominamos actos administrativos expedidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, esto es, actos de negativa del servicio, actos que ordenan la suspensión del servicio, actos que ordenan la terminación del contrato, actos que deciden el corte o la facturación, resuelven una situación jurídica que por lo tanto crea, modifica o extingue una relación de la misma naturaleza, produciendo efectos jurídicos, lo cual, en palabras de Forsthoff (1958), “es la función que dentro del derecho cumple el acto administrativo, y en esa medida solo son actos administrativos aquellos de los que emana directamente un efecto jurídico” (p.282).

Adicionalmente, si pensamos en las características más relevantes de tales actos administrativos encontramos que los mismos cuentan con (i) fuerza ejecutoria en la medida en que hayan sido trasladados a su destinatario respectivo para que ejerza su derecho de contradicción y una vez agotada esta etapa el mismo adquiera firmeza, con lo que además surge su (ii) carácter ejecutivo que alude a la posibilidad de que la administración ejecute por si misma los actos necesarios para su cumplimiento.

Así entonces, es claro que hay unas actuaciones de las empresas que evidentemente están permeadas por el ejercicio de autoridad pública emanada

directamente de la ley, y que es procedente clasificar como actos de autoridad, entendidos como aquellos que se generan en ejercicio de función administrativa.

Por su parte, los actos de gestión se refieren a aquellas actuaciones de los prestadores más afines con la actividad propiamente empresarial de contenido, digamos, económico o patrimonial para cuya ejecución las empresas se comportan como tales, es decir, como particulares. De acuerdo con Sáenz (2004) son actos de gestión “aquellos en los que la Administración actúa como mero particular, y se someten al Derecho Privado y al control de la jurisdicción ordinaria, como los contratos” (p.7.).

Así las cosas, en estos casos de lo que hablamos es de las actividades del giro ordinario del “negocio” y de aquellas complementarias para poder prestar el servicio, esto es, de la actividad contractual concebida como una práctica de soporte que le permite a los prestadores el abastecimiento de los bienes y servicios que requieren desde el punto de vista administrativo, operativo y estratégico para poder prestar los servicios al público.

Estamos por lo tanto ante el despliegue de actos típicamente privados en los que no se involucra el ejercicio de autoridad pública puesto que así lo ha dispuesto la misma Ley de servicios públicos desde dos perspectivas, la primera cuando señala en general que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos es el del derecho privado y la segunda cuando no encontramos en dicha ley habilitaciones o facultades propias de las autoridades a favor de las empresas, salvo en lo que se refiere a la posibilidad de pactar o incorporar cláusulas excepcionales a la luz de las autorizaciones o mandatos de las Comisiones de Regulación.

De conformidad con lo anterior, es claro que la actividad contractual de las empresas está enmarcada por regla general dentro de los actos de gestión, ya que al interior de ésta no hay despliegue alguno de función administrativa excepto, como lo

hemos reconocido a lo largo de este trabajo, cuando se involucra la incorporación o aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común.

Siendo ello así, no encontramos, desde esta perspectiva, una justificación a la aplicación de las restricciones que el principio de igualdad como principio de la función administrativa, ejerce sobre la actividad contractual de las ESP Mixtas.

(ii) Desde la posible extensión de la función administrativa a toda la actividad de las ESP Mixtas.

De manera más o menos clara hemos venido exponiendo e insistiendo que en el quehacer de las ESP Mixtas hay una variedad de actuaciones con un origen público dado en la ley y cuya vocación es la de convertirse en actos administrativos con todas las consecuencias que ello envuelve.

Lo recalcamos como quiera que no pretendemos que los servicios públicos sean ajenos a la aplicación del principio de igualdad que incluso, no necesariamente como función administrativa, tiene presencia evidente en escenarios como la libertad de entrada, las reglas del juego que forman el régimen aplicable a los prestadores, el acceso a los servicios, entre otros ámbitos.

Ahora bien, la realización de la operación administrativa de las ESP Mixtas implica una constante verificación de las tareas que la componen, puesto que durante su ejecución seguramente hacen uso de cierta cantidad de atribuciones que han sido puestas a su disposición para efectivizar la prestación y con ello es posible que los usuarios de los servicios se vean afectados en los derechos protegidos por la ley.

Ese ejercicio supone la aplicación de prerrogativas que en todo caso no tienen la capacidad de convertir en función administrativa aquellas actividades que en los

servicios públicos domiciliarios por su naturaleza no lo son. Así lo ha reconocido y sobretodo aclarado la Corte Constitucional, cuando al referirse a esa serie de “facultades, prerrogativas y privilegios, que siendo propios de las autoridades públicas, se le entregan a las empresas en el sentido de favorecer el funcionamiento, la continuidad, la eficacia y la eficiencia de los servicios” (Corte Constitucional, C-558, 2001), ha dicho que no es posible extender ese régimen a otras actividades que no comportan atribuciones propias de la función administrativa, señalando que:

Sentido teleológico éste que a su turno implica un permanente examen sobre el acontecer administrativo de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, en el entendido de que ese conglomerado de atribuciones, derechos y prerrogativas de autoridad pública que pueden ejercer los agentes prestadores de dichos servicios **no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social** (Énfasis nuestro) (Ibíd.).

Esta aclaración es fundamental para entender que en efecto hay una frontera y una diferenciación que separa y distingue entre función administrativa en los servicios y actividades asociadas al desarrollo ordinario de los mismos, y que esa diferencia tiene una razón de ser asociada a la finalidad que en cada caso cumplen las actividades en las que se involucran los operadores.

De hecho, es fundamental entender que si se extiende, como lo pretende el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el régimen propio de controles de la función administrativa a la actividad contractual, se vulnera así sea indirectamente el principio de legalidad, ya que este debe conducir tanto las actuaciones públicas que se encuentran recogidas de manera reglada en las disposiciones legales pertinentes sirviendo como marco de actuación a los prestadores; como a las privadas, que tratándose específicamente de la contratación con terceros, debe irradiar con mayor fuerza el principio de autonomía de la voluntad como base primigenia de los negocios jurídicos entre particulares que se desarrollan en un ámbito competitivo.

Nótese que la misma Corte, en C-166, 1995, a propósito de la obligatoriedad de aplicar estos principios por parte de los particulares investidos de la facultad de ejercer funciones administrativas, ya había señalado que “la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas”, hipótesis bajo la cual quien la ejerza debe sujetarse a los principios que la informan, sin que haya lugar a que por ese solo hecho se altere el derecho privado en lo “atinente a la organización y desarrollo de las actividades ajenas a su específica finalidad”, es decir, que todo aquello que no se refiera al ejercicio de función administrativa como actividad excepcionalmente encargada a quien por la naturaleza de su gestión no la ejerce de manera permanente, pues su finalidad es otra, por ejemplo prestar servicios públicos, no puede extenderse su aplicación a los actos distintos de dicha función porque ello alteraría injustificadamente la naturaleza de los mismos, que por mandato legal se rigen por el derecho privado.

Además de su particular importancia, traemos a colación esta decisión que se refiere básicamente a particulares investidos de función administrativa, puesto que según Atehortúa (2008), estos principios ya eran obligatorios en la contratación de las ESP Mixtas antes de que fuesen impuestos en la Ley 1150 de 2007, “pues de todos modos los particulares que administran recursos públicos deben someterse a los principios de la administración pública, tal como ya lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-166 de 1995” (p. 223- 224), afirmación que no podemos compartir, como quiera que el ámbito para el que la Corte circunscribió la aplicación de tales principios no se refiere a aquellas actividades que no comprendan el ejercicio de función administrativa, sino que por el contrario lo limitó exclusivamente a éstas, dejando claro que el derecho público en esos casos no es omnicompreensivo del quehacer completo de las empresas a las que se les dota o encarga de cumplir con una función administrativa , dejando por fuera todo lo que sea distinto de dicha función.

De la exposición anterior podemos deducir que tampoco desde este ángulo se justifica la aplicación de las restricciones analizadas en el capítulo anterior a la actividad contractual de las ESP Mixtas.

(iii) Desde la existencia de mecanismos autónomos en la ley de servicios públicos para garantizar la igualdad en la actividad contractual.

El régimen contractual de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo previsto por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, es el del derecho privado y, por lo tanto, ninguna de las empresas prestadoras está obligada, siendo o no estatal, a dar aplicación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios compilados últimamente en el Decreto 1082 de 2015.

La doctrina de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2010) es clara cuando manifiesta que para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, “debe partirse de una regla general: aplica el derecho privado. Y sólo deben aplicarse las disposiciones de derecho público cuando así lo señale de manera expresa la Ley 142 de 1994 o una disposición Constitucional” (p.11).

Es decir, el régimen contractual de las empresas está diseñado de forma tal que contiene tanto la regla general que le resulta aplicable, así como sus excepciones, dentro del mismo cuerpo normativo, conformando un sistema integral que se informa además de la Constitución en cuanto a derecho público aplicable se refiere.

Ahora bien, si analizamos las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 en lo que tiene que ver con los mecanismos de selección de proveedores que permitan garantizar la escogencia de la mejor oferta entre el público, todo lo cual redunda de

manera objetiva en la realización del principio de igualdad a favor de los partícipes dentro del proceso, lo cierto del caso es que en efecto vamos a encontrar preceptos que se refieren a esta clase de herramientas, las cuales actúan como mandatos de obligatorio cumplimiento. Nos referimos al artículo 35 de la Ley 142 de 1994, que a la letra señala:

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes (Ley 142, 1994, art. 35).

Nótese que en estos casos, el legislador decidió que concurriendo varias condiciones en cabeza de una empresa de servicios públicos, sin distinguir su naturaleza jurídica, era obligatorio que ésta adelantara un procedimiento de selección en igualdad de condiciones para los eventuales contratistas encaminado a adquirir el bien o servicio respectivo.

Veamos más detalladamente las condiciones identificadas por la Ley, con sus correspondientes consecuencias:

Condiciones:

- a. Ser una empresa de servicios públicos con una posición dominante en el mercado: De conformidad con el artículo 14 numeral 13 se entiende por posición dominante lo siguiente:

14.13 Posición Dominante: Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una

empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

- b. Cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros: Es decir, que además de tener una posición dominante en el mercado, la empresa tenga una dedicación preponderante a la distribución de bienes o servicios que obtiene de parte de terceros proveedores.

Consecuencias: Cuando ocurran las dos condiciones anotadas, las empresas deben:

- a. Adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren la posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas: Es decir, es preciso que las empresas adelanten un procedimiento de selección que garantice que aquellos proveedores que están en posición de convertirse en sus contratistas concurren para hacer ofrecimientos, de forma tal que obtenga las mejores condiciones de mercado posibles.
- b. Hacerlo en igualdad de condiciones para los proveedores:
Adicionalmente, el procedimiento debe garantizar que la participación de los oferentes se haga en igualdad de condiciones para todos ellos.

Piénsese que en el caso que hemos descrito, las empresas tienen la posibilidad de auto regular el procedimiento que van a adelantar y su deber es el de garantizar que se cumplan las condiciones de concurrencia e igualdad en la selección. Sin embargo, es posible que en casos como el anotado las Comisiones de regulación exijan, por vía general, no que se agote cualquier procedimiento, sino que se realice la contratación

previo adelantamiento bien sea de una licitación pública, caso en el cual la misma se sujeta a las reglas que para ello establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o de otros procedimientos que a su juicio estimulen la concurrencia de oferentes.

Cabe agregar que dicha norma establece esta última posibilidad asociada a las órdenes de las Comisiones de Regulación, no solamente para el caso que hemos visto, sino también en otros contratos de las empresas que tales autoridades consideren deban adelantarse vía licitación u otros procedimientos que promuevan la participación de oferentes, posibilidad esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-066, 1997.

De conformidad con lo expuesto podemos señalar que, en efecto, en ciertos y determinados asuntos, sea que se den las condiciones que trae la primera parte del artículo 35 anotado, o que las Comisiones por vía general así lo consideren necesario, las empresas deben agotar procedimientos cuyo adelantamiento implica la aplicación del principio de igualdad como una regla de empleo concreta y bien delimitada.

Todo lo anterior nos permite plantear como injustificadas las restricciones que de manera general plantearía la aplicación indistinta de la igualdad como principio de la función administrativa dentro de cualquier procedimiento de selección, sin importar la posición de la empresa o lo que busca dentro del mercado, como quiera que de cierto modo haría inócua la norma que hemos analizado, la cual en el contexto de un régimen contractual diseñado para cumplir unas precisas finalidades, consideró que ello debía tener lugar solo en esos casos concretos, es decir, que hacerlo aplicable en todos los casos implica una distorsión de la estructura del sistema de contratación del que el legislador quiso dotar a las empresas.

Podemos agregar acá una corta pero diciente referencia nuevamente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2010), que a propósito del régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la aplicación de principios de la función administrativa contemplada por la Ley 1150 de 2007 en su actividad contractual señaló:

Teniendo en cuenta las leyes que rigen la interpretación jurídica, en este caso, la norma según la cual la Ley especial prima sobre la Ley general, es preciso señalar que estas disposiciones no son aplicables a los contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos (sin importar la participación de capital público), cuyo régimen de contratación establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es de derecho privado. (p.12).

Es decir, para la Superintendencia es clara la prevalencia del régimen especial de derecho privado con el que el legislador concibió a la contratación de las empresas de servicios públicos y es por esta razón que considera inaplicables las disposiciones de la Ley 1150. Ahora bien, aclara este ente que esa norma va en el mismo sentido que el artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994 según el cual a 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 “de modo que dicha disposición sería aplicable para la categoría de las empresas de servicios públicos oficiales” (p.12) entendidas por tales aquellas que de conformidad con el artículo 14.5 de la Ley de servicios públicos “... en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”, con lo cual estarían por fuera, según esta interpretación, las ESP Mixtas, dado que por definición legal en estas el capital de la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%, pero no iguales al 100%.

Finalmente, debemos decir que para muchos podría considerarse ideal, deseable e incluso una buena práctica la aplicación del principio de igualdad en la actividad

contractual de las ESP Mixtas, pero de conformidad con todo lo planteado a lo largo de esta investigación, consideramos que debe reconocerse que es cuestionable que bajo el amparo de un régimen especial con unos propósitos claramente fijados y la existencia de principios propios se les obligue a aplicar principios que son ajenos a su actividad.

Conclusiones

1. La igualdad, como principio de la función administrativa, es una manifestación de género a especie del derecho fundamental a la igualdad aplicado en el ámbito de la actuación administrativa, que impone una serie de cargas a la Administración Pública como ente jurídico orientado al ejercicio de funciones administrativas a favor de los asociados.
2. La igualdad como principio de la función administrativa resulta aplicable, sin que haya mayores dudas, a la actividad contractual de las entidades estatales sujetas al EGCAP, en razón de la supremacía que tales entidades ejercen sobre sus contratistas y la capacidad unilateral que estas tienen de decidir sobre determinados aspectos del contrato sin que sea necesario que concurra la voluntad de la otra parte.
3. En desarrollo de las actividades propias de las ESP Mixtas tienen lugar una serie de actuaciones administrativas capaces de tornar a las prestadoras en autoridades públicas que se imponen a sus usuarios a través de la expedición de actos administrativos, caso en el que se justifica plenamente la aplicación del principio de igualdad porque estamos ante el ejercicio de verdadera función administrativa.
4. La incorporación de las ESP Mixtas como entidades estatales, a la luz de la definición que sobre ese particular contiene el EGCAP, no es razón suficiente que permita justificar la aplicación del principio de igualdad en su actividad contractual, como quiera que el régimen especial del que ha sido dotada por la Ley debería prevalecer ante las modificaciones legales

que no se refieran directamente a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

5. En las distintas perspectivas de los servicios públicos domiciliarios, es decir, la relación empresa usuario, empresa contratista, la expedición de actos de autoridad y la realización de actos de gestión, la consagración de mecanismos autónomos para garantizar la aplicación de la igualdad y el examen de la extensión a toda la actividad de los principios de la función administrativa, no se encontraron elementos que permitan justificar la aplicación de la igualdad a toda la actividad contractual de los servicios públicos domiciliarios.
6. Es necesario que la jurisprudencia, con base por ejemplo en una demanda de constitucionalidad del artículo 13 de la ley 1150 de 2007, por vulneración al régimen que la Constitución previó para los servicios públicos domiciliarios, se pronuncie a favor de una exequibilidad condicionada de esa disposición legal, para señalar que de su aplicación se entiendan excluidas esta clase de empresas.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez Casallas, L. (2003). Los actos y prerrogativas de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. En *Memorias III jornadas Derecho Constitucional y Administrativo* (págs. 275-291). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amador Cabra, L. E. (2010). Algunas reflexiones sobre el nuevo marco regulatorio del servicio público domiciliario de aseo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (1999). ¿ Hay respuestas correctas en el derecho? (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Araújo Oñate, R. M. (2007). Antecedentes y marco normativo de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. En M. A. Restrepo Medina, *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI* (págs. 148-205). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Arias García, F. (2012). Conflictos contractuales de operadores de servicios públicos en la Ley 1437 de 2011: ¿Plenitud del criterio organicista? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 41-67.
- Ariño Ortiz, G. (2004). Principios de derecho público económico (Tercera ed.). Granada, España: Comares, S.L.
- Atehortúa Ríos, C. A. (1998). Régimen Legal de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2003). *Servicios Públicos Domiciliarios Legislación y Jurisprudencia* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2008). Régimen de los servicios públicos domiciliarios en el contexto de la doctrina constitucional (Primera ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2009). El régimen contractual en el sector de los servicios públicos domiciliarios. En J. L. Benavides, & J. O. Santofimio, *Contratación estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007* (Primera ed., págs. 407 a 452). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2012). *Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

- Bastidas Bárcenas, H. (2014). La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. *Con-Texto Revista de Derecho y Economía*, 51-65.
- Benavides, J. L. (2004). *El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Forero, P. I. (2009). Liberalización y regulación: balance europeo y tendencias colombianas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 67-79.
- Boto, A. (2015). La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 45-61.
- Cárdenas Uribe, Julio Cesar; Atehotúa Ríos, Carlos Alberto. (2004). *Régimen Jurídico Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista de Administración Pública*, 95-110.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (Vol. II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cazorla González-Serrano, L. (2015). Una aproximación al régimen jurídico de la empresa pública. Barcelona, España: Bosch.
- Chaín Lizcano, G. (1998). *Elementos básicos del régimen Constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá.
- Chinchilla, J. A., & Domínguez, M. (2015). Los servicios públicos locales: reforma de la Administración local en tiempos de crisis económica. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 45-63.
- Cifuentes Muñoz, E. (2013). La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional . *Pensamiento jurídico*, 53-84.
- Contraloría General de Medellín (2011). *Informe de Auditoría Regular EDATEL S.A.*
- Contraloría General de Medellín (2013). *Informe Definitivo Auditoría Especial a la Contratación Regional Occidente S.A. E.S.P.*
- Contraloría General de Santiago de Cali (2014). *Informe Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Regular a EMCALI EICE ESP.*
- Contraloría General de la República (2016). *Informe de Auditoría Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. ISA.*
- Covilla Martinez, J. C. (2014). Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 169-190.

- De la Cuétara Martínez, J. M. (1983). La actividad de la administración. Madrid: Tecnos.
- de los Mozos, J. L. (1975). Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Revista de Derecho Privado, 119.
- Devis Granados, I. A. (2007). Aspectos constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Diez-Picazo, L. (1993). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Cuarta ed.). Madrid, España: Civitas.
- Estrada Vélez, S. (2010). Los Principios Jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. Diálogos de Saberes, 159-171.
- Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 41-76.
- Estrada Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas? Opinión Jurídica, 47-66.
- Font Galán, J. I. (1987). Constitución Económica y Derecho de la Competencia . Madrid: Tecnos.
- Forsthoff, E. (1958). Tratado de derecho administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Gallego, Andrés Uriel; De la Vega, Sabas Pretelt. (1 de Agosto de 2005). Exposición de Motivos Ley 1150 de 2007. Gaceta del Congreso 458.
- García de Enterría, E. (1991). ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota. Revista de Administración Pública, 211-228.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2004). Curso de Derecho Administrativo I (Duodécima ed.). Madrid, España: Civitas.
- Garrido Falla, F. (1994). El concepto de servicio público en derecho español. Revista de Administración Pública, 7-36.
- Gordillo, A. (2017). Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Jèze, G. (1948). Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma.
- Jiménez Gil, W. (2004). Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "nuevo derecho" en el sistema jurídico Colombiano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Jouen, M. (2009). ¿Hacia una revolución del servicios público? Sobre la concepción de los servicios de interés general . Ábaco, 31-47.

- López Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- López Roca, L. F. (2011). *Trabajo para optar al Doctorado en Derecho . La política del Too-Big-To-Fail y el acceso a los servicios financieros: una mirada desde la igualdad en la Constitución Colombiana*. Bogotá.
- Marienhoff, M. S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marín Cortés, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80 de 1993* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Matías Camargo, S. R. (2013). *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*. *Diálogos de Saberes*, 43-62.
- Medina Panqueva, Á. M. (2015). *La reversión en el contrato de concesión del servicio público de aseo bajo el esquema de servicio exclusivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. P. (2004). *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. *VNIVERSITAS*, 71-117.
- Molina Betancur, C. M. (2007). *La jurisprudencia constitucional de los servicios públicos domiciliarios*. En M. A. Restrepo Medina, *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI* (págs. 206-239). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Montaña, A. (2003). *Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991*. *Revista Derecho del Estado*, No 14, 197-210.
- Montaña, A. (2003). *El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación*. En *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2009). *La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas*. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 163-190.

- Nallar, D. (2010). Regulaciones y control de los servicios públicos. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Navarretta, E. (2014). Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. *Revista de Derecho Privado*, 129-154.
- Palacio Hincapie, J. Á. (2006). Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de los servicios públicos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, IX (17), 35-47.
- Palacio Hincapie, J. Á. (2006). Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, IX(18), 13-32.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El derecho de los servicios públicos* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Derecho Vigente.
- Palacios Mejía, H. (2007). La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia de servicios públicos domiciliarios. *Contexto Revisto De Derecho Y Economía*, 39-56.
- Parada, R. (2012). *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Parejo, L. (2004). Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 51-68.
- Parejo, L. (2016). El campo del sector público empresarial y sus tipos de actividades y organización. *Presupuesto y Gasto Público*, 9-46.
- Rincón Salcedo, J. (2008). La noción de "servicio de interés general". Un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global. *International Law Revista Colombiana de derecho internacional*, 203-224.
- Rivero, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Rodríguez, Cesar., & Uprimny, Rodrigo. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Revista Debates Coyuntura Económica* (27), 23-40.
- Sánchez Luque, G. (2008). ¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales ? *CON-TEXTO Revista de Derecho y Economía*, 57-100.
- Sánchez Luque, G., Pacheco de León, G., & Alvarado Rincón, Y. (2002). Los servicios públicos domiciliarios una lectura del Estado social y democrático de derecho. En G. Sánchez Luque, G. Pacheco de León, & Y. Alvarado Rincón, *Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios* (págs. 22-37). Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Santaella Quintero, H. (2003). La reserva de servicios públicos a favor del Estado: ¿vestigio de la teoría clásica de la escuela de Burdeos en el ordenamiento constitucional Colombiano? En *Memorias III jornadas derecho Constitucional y Administrativo* (págs. 551-597). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (1997). Control fiscal respecto de las sociedades de economía mixta prestadoras de servicios públicos y organizadas por acciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2003). Los Servicios Públicos: Vicisitudes y Fundamentos de un Tema Jurídico Inconcluso. En I. d.-U. Venezuela, *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI* (Vol. II, págs. 1881-1956). Madrid: Civitas, S.A.
- Santofimio, J. O. (2003). Tratado de Derecho Administrativo -Acto Administrativo-. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2003). Tratado de derecho administrativo -Introducción-. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y postiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 43-86.
- Sanz Rubiales, Í. (2004). Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales. 1-141. Valladolid, España.
- Sosa, F. (2004). Servicio Público y Papel de la Nueva Administración y sus Entes Reguladores. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 125-149.
- Suárez Tamayo, D. (2010). Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. *Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativos*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2010). *Doctrina Jurídica Unificada en Materia de Servicios Públicos Domiciliarios*. Tomo 4. Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Tardío Pato, J. A. (2003). El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales . *Revista de Administración Pública*, 189-225.
- Torrado, J. (2014). Relaciones de la Administración y el Sector Privado en la Adaptación Jurídica a la Gestión de los Servicios Públicos. *Revista de Derecho UNED*, 641-686.
- Universidad Santo Tomás. (2008). Metodología de la investigación jurídica y sociojurídica. Módulos N° 56, 3-44.
- Valencia, G. (2004). Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. *Ecós de Economía*, 9-32.

- Vélez Expósito, J. C. (2004). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. (2004). Derecho Administrativo (Doceava ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Vidal Perdomo, J. (2004). Reforma administrativa de 1968: Antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias. VNIVERSITAS, 317-334.

Normas Jurídicas

- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Gaceta Constitucional N° 116 20 de julio 1991 2da. Ed. corregida.
- Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1883) Código Civil [Ley 84 de 1873] DO: 2687.
- Congreso de la República de Colombia (15 de agosto de 1887) [Ley 153 de 1887] DO: 7151 y 7152.
- Congreso de la República de Colombia (11 de julio de 1994) [Ley 143 de 1994] DO: 41.434.
- Congreso de la República de Colombia. (27 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993] DO: 41.094.
- Congreso de la República de Colombia. (10 de julio de 1994) Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. [Ley 142 de 1994] DO: 41433.
- Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 1998) [Ley 489 de 1998] DO: 43.464.
- Congreso de la República de Colombia. (8 de agosto de 2001) [Ley 689 de 2001] DO: 44.516.

Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 2002) [Ley 789 de 2002] DO: 45.041.

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007) [Ley 1150 de 2007] DO: 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011] DO: 47.956.

Presidente de la República de Colombia. (5 de agosto de 1950) Código Sustantivo del Trabajo [Decreto Ley 2663 de 1950] DO: 27.407.

Presidente de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971) Código de Comercio [Decreto Ley 410 de 1971] DO: 33.339.

Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional [Decreto 1082 de 2015] DO: 49.523.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional, (05 de junio de 1992) Sentencia T - 406 [MP Ciro Angarita Barón]

Colombia, Corte Constitucional, (25 de junio de 1992) Sentencia T - 432 [MP Simón Rodríguez Rodríguez]

Colombia, Corte Constitucional, (30 de junio de 1993) Sentencia T - 251 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Colombia, Corte Constitucional, (12 de agosto de 1993) Sentencia T - 330 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Colombia, Corte Constitucional, (11 de noviembre de 1993) Sentencia C - 530 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Colombia, Corte Constitucional, (30 de enero de 1995) Sentencia T - 018 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Colombia, Corte Constitucional, (01 de marzo de 1995) Sentencia C - 083 [MP Carlos Gaviria Díaz]

Colombia, Corte Constitucional, (20 de abril de 1995) Sentencia C - 166 [MP Hernando Herrera Vergara]

Colombia, Corte Constitucional, (24 de agosto de 1995) Sentencia C - 374 [MP Antonio Barrera Carbonell]

Colombia, Corte Constitucional, (30 de noviembre de 1995) Sentencia C - 566 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Colombia, Corte Constitucional, (18 de enero de 1996) Sentencia C - 005 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Colombia, Corte Constitucional, (23 de enero de 1996) Sentencia C - 022 [MP Carlos Gaviria Díaz]

Colombia, Corte Constitucional, (13 de junio de 1996) Sentencia C - 263 [MP Antonio Barrera Carbonell]

Colombia, Corte Constitucional, (11 de febrero de 1997) Sentencia C - 066 [MP Fabio Morón Díaz]

Colombia, Corte Constitucional, (27 de noviembre de 1998) Sentencia T - 731 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Colombia, Corte Constitucional, (04 de agosto de 1999) Sentencia C - 561 [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Colombia, Corte Constitucional, (18 de noviembre de 1999) Sentencia C - 561 [MP Carlos Gaviria Díaz]

Colombia, Corte Constitucional, (01 de diciembre de 1999) Sentencia C - 953 [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Colombia, Corte Constitucional, (06 de septiembre de 2000) Sentencia C - 1162 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Colombia, Corte Constitucional, (31 de mayo de 2001) Sentencia C - 558 [MP Jaime Araujo Renteria]

Colombia, Corte Constitucional, (15 de agosto de 2001) Sentencia C - 867 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Colombia, Corte Constitucional, (22 de mayo de 2002) Sentencia C - 389 [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Colombia, Corte Constitucional, (28 de enero de 2003) Sentencia C - 037 [MP Álvaro Tafur Galvis]

Colombia, Corte Constitucional, (28 de enero de 2003) Sentencia C - 037 [MP Álvaro Tafur Galvis]

Colombia, Corte Constitucional, (25 de febrero de 2003) Sentencia C - 150 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Colombia, Corte Constitucional, (26 de junio de 2003) Sentencia C - 520 [MP Rodrigo Escobar Gil]

Colombia, Corte Constitucional, (29 de julio de 2003) Sentencia C - 629 [MP Álvaro Tafur Galvis]

Colombia, Corte Constitucional, (28 de agosto de 2003) Sentencia C - 741 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Colombia, Corte Constitucional, (19 de marzo de 2004) Sentencia C - 270 [MP Jaime Córdoba Triviño]

Colombia, Corte Constitucional, (03 de diciembre de 2004) Sentencia C - 1212 [MP Rodrigo Escobar Gil]

Colombia, Corte Constitucional, (12 de septiembre de 2007) Sentencia C - 722 [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Colombia, Corte Constitucional, (19 de septiembre de 2007) Sentencia C - 736 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Colombia, Corte Constitucional, (24 de marzo de 2010) Sentencia C - 228 [MP Luis Ernesto Vargas]

Colombia, Consejo de Estado, (23 de septiembre de 1997) Expediente – S-701 [CP Carlos Betancur Jaramillo]

Colombia, Consejo de Estado, (11 de septiembre de 1998) Concepto - 1141 [MP Augusto Trejos Jaramillo]

Colombia, Consejo de Estado, (28 de enero de 1999) Concepto - 1171 [CP Javier Henao Hidrón]

Colombia, Consejo de Estado, (17 de febrero de 2005) Expediente - 27673 [CP Alier Hernández Enríquez]

Colombia, Consejo de Estado, (02 de marzo de 2006) Expediente - 29703 [CP Alier Hernández Enríquez]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (18 de agosto de 1970) [MP Eustorgio Sarria]