

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS MIXTAS O PRIVADAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA  
SEGÚN EL PRECEDENTE JUDICIAL.**

**Tutor  
Dr. Eyder Bolivar Mojica**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO COHORTE 36  
BOGOTÁ D.C.  
21 DE JULIO 2015**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS MIXTAS O PRIVADAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA  
SEGÚN EL PRECEDENTE JUDICIAL.**

*Presentado Por:*

**OMAR LEANDRO GARZÓN VALERO  
CC 80.547.913**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO COHORTE 36  
BOGOTÁ D.C.  
21 DE JULIO DE 2015**

# **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS O PRIVADAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA SEGÚN EL PRECEDENTE JUDICIAL.**

## **INTRODUCCIÓN**

Con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991 el estado colombiano se repensó desde la óptica del Estado Social de Derecho, bajo el cual se adquirieron ciertas obligaciones conducentes a la materialización de los derechos consagrados en la misma carta, en aras de promover aspectos como la igualdad entre los conciudadanos y así brindar las condiciones necesarias para que la vida de los asociados se desarrollara en un entorno de dignidad.

Como una herramienta para desarrollar esta nueva iniciativa, el constituyente consagró en el artículo 365 superior una cláusula que permitiera la consecución de los fines estatales mediante la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, para lo cual se valió de la creación de una nueva configuración en el modelo de prestación del servicio, mediante la que se buscó su modernización y dejar abonado el camino para su organización acorde a las necesidades de los nuevos tiempos. Es de esta manera como el constituyente abre la puerta a las nuevas modificaciones al establecer:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. (...)(Constitución Política, 1991, Art. 365)

Este fragmento permite agrupar dos cuestiones que son altamente problemáticas en el estudio de las características de las Empresas de Servicios Públicos, en adelante ESP, estas son; **i.** El régimen jurídico bajo el cual desarrollan su objeto social; y **ii.** Su naturaleza en atención a la conformación de su capital, razón por la cual desde su consagración constitucional se generó un sinnúmero de debates que pasaban por cuestiones jurídicas y terminaban en aspectos netamente políticos o ideológicos. El Congreso de la República considerando las características de dicho escenario y obedeciendo a un mandato de orden constitucional, procedió a la expedición de la Ley 142 de 1994, mediante la cual se buscó desarrollar en su totalidad el precepto constitucional y dar las bases para el funcionamiento de las empresas que se dedicaran a la prestación de servicios públicos.

Esta ley abarcó un espectro de aspectos lo suficientemente amplio, de forma tal, que empezó a ser considerada por abogados y operadores judiciales como el *Estatuto de los Servicios Públicos*, en el cual eran regulados temas tan variados como las reglas aplicables a la conformación y operación de las ESP, o la conformación y operación de las entidades encargadas de su inspección, control y vigilancia. Pero como ya veníamos manifestando, también se encargó de desarrollar los dos puntos más espinosos del cambio de modelo planteado por la Carta Política. Se encargó de proporcionar las condiciones que deben cumplir los particulares cuando quieran asumir la prestación de un servicio público, así como las condiciones del mismo y consecuentemente determinó el régimen de los actos y contratos al cual debe encauzarse su operación.

La Ley 142 de 1994 estableció que el régimen al cual debían sujetar su operación las ESP era el privado tanto en su contratación como en su operación. Frente al régimen de contratación el legislador, en su primera versión, empleó una formulación que se prestaba a la ambigüedad, pues efectuaba una distorsionada remisión a la Ley 80 de 1993, estableciéndola en modalidad de excepción, así:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo que en la presente ley se disponga otra cosa. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

Como puede observarse, este último fue un intento poco exitoso por desviar la atención de los críticos frente al nuevo modelo concebido para las ESP, pero como puede constatarse después de una rápida lectura, la vaga formulación que fue utilizada generó mayores malestares y zonas grises en la aplicación de la norma. Dicha consagración subsistió por más de un lustro, hasta que con ocasión de la Ley 689 de 2001 se empleó una formulación mucho más franca frente a la verdadera intención que se tuvo desde la expedición de la Ley 142 de 1994 en la cual se consagra, *"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 (...)"* (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Las disposiciones hasta este momento presentadas con la promulgación de la Ley 142 de 1994, estaban referidas a la contratación de las ESP de carácter oficial, pero nada se dijo frente a aquellas de carácter mixto y privadas con participación pública, no obstante una de las maneras de resolverlo fue la explicación extensiva del artículo 31 (Congreso de la República de Colombia, 2001), como más adelante podremos evidenciarlo en los diferentes pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, al establecer las características y el régimen contractual aplicable a su operación.

En adición al pronunciamiento de la Corte Constitucional existen elementos que amplían la discusión frente a este punto, dado que algunos actos de carácter contractual no pueden manejarse con arreglo al mencionado artículo 31. Es así

como encontramos aquellos *contratos especiales para la gestión de los servicios públicos* (Congreso de la República de Colombia, 1994) entre los que se encuentra el contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, el cual deberá efectuarse con arreglo al derecho público, como era de esperarse por tratarse de un contrato de concesión, de igual manera los contratos que se refieran a la adjudicación de *áreas de servicio exclusivo* de que trata el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994) corresponden al derecho público. Sin embargo a lo expuesto hasta este punto, abordaremos con profundidad las especificidades de cada modalidad contractual más adelante y en desarrollo de lo propuesto en nuestro objeto de estudio, no sin antes realizar algunas anotaciones adicionales frente a otras de las características relevantes para el tema central de este escrito.

Frente a la segunda parte de la temática correspondiente al régimen jurídico asignado por el legislador para las ESP, dejaremos planteada la posición tomada desde la expedición de la ley frente a la naturaleza de los actos de creación y administración, pues consideramos que existe cierta claridad del tema, dada la redacción empleada:

Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

Planteado en dichos términos, quedó abonado un aspecto que es menos controversial, no obstante la claridad con la cual fue redactada la norma, los debates en este punto pasan por lo ideológico y en consecuencia también debió pronunciarse la Corte Constitucional (tema que abordaremos a profundidad en páginas posteriores).

Como podemos advertirlo a esta altura, el artículo 365 constitucional generó toda una revolución frente a como veníamos pensando el funcionamiento de los servicios públicos y empleó nuevas fórmulas para dotar de ciertos atributos a las empresas que decidieran emprender la prestación de dichos servicios. A pesar de ciertos consensos a los cuales se llegó por vía doctrinal y jurisprudencial la discusión siempre ha sido nutrida, pues dependiendo la tendencia dominante o la corte en la que se esté resolviendo la causa, de tanto en tanto se producen providencias que desafían dichos acuerdos, reviviendo las discusiones frente a preguntas como: ¿Por qué permitir la entrada de particulares en la prestación de los servicios públicos? O bien aquellas que se circunscriben directamente a nuestro objeto de estudio ¿Cuál es el régimen aplicable a las ESP de naturaleza mixta y privada con participación pública?; ¿En qué eventos debe aplicarse el derecho privado y en cuales el derecho público? O bien ¿A qué obedece la circunscripción a uno u otro régimen?

Los anteriores son cuestionamientos válidos pues atienden a solucionar tópicos que impactan directamente la vida de ciudadanos, abogados y operadores judiciales en el curso de sus negocios y actividades. Apuntamos a la necesidad de solucionar una problemática frente a los niveles de inseguridad jurídica a los cuales son constantemente sometidos los ciudadanos con ocasión de las interpretaciones contradictorias dadas por las cortes de cierre. De igual manera creemos que resolverlas permitiría conseguir la certeza sobre los ejercicios de control que puedan llegar a ejercerse para garantizar la ejecución eficiente de los recursos públicos que existan en sus capitales.

Para nuestros propósitos, en lo sucesivo nos dedicaremos a abordar las posiciones que desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional han sido dadas a los temas ya planteados, pues consideramos que para ofrecer una visión panorámica resulta pertinente observar los giros que se han dado como respuesta institucional y, así comprender de una mejor manera cuales han sido las razones

que han patrocinado los principales cambios y mutaciones a los que han sido sometidas las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas o Privadas con participación de capitales públicos.

## **I. LA INCIDENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS Y PRIVADAS CON APORTES DE CAPITAL PÚBLICO.**

### **I.I NATURALEZA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS CON APORTES DE CAPITAL PÚBLICO.**

Cuando consideramos las características diferenciadoras de las ESP, uno de los primeros aspectos a tener en cuenta consiste en la conformación de su capital, toda vez que de allí surgen condiciones esenciales para entender el alcance de la Ley 142 de 1994. Lo primero que puede manifestarse en este escenario es que existen tres modalidades de conformación, a saber; **i.** Cuando el 100% del capital social es de origen público nos encontramos frente a una ESP oficial; **ii.** Cuando existe una conformación Público – Privada del capital, contando con una participación mayoritaria de dineros públicos, nos encontramos frente a una ESP Mixta; **iii.** Cuando existe una conformación Público – Privada, en este caso con una participación minoritaria de dineros públicos, nos encontramos frente a una ESP Privada; y finalmente **iv.** Cuando el dinero es 100% de origen privado, se le atribuye la misma consecuencia al ítem anterior y por motivos obvios, también hablaríamos de una ESP privada.

Lo anterior, aunque obvio en la mayoría de situaciones, resulta imprescindible para acudir a la discusión frente a la naturaleza de las ESP, la cual requiere de dichos sustratos como elementos *sine qua non* para determinar otros aspectos de relevancia. En primer lugar se requieren algunas precisiones, para las cuales necesitaremos las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, pues en dicha

ocasión al establecer la conformación de la estructura estatal, el legislador dispuso:

(...)

2. Del sector descentralizado por servicios: a. Los establecimientos públicos; b. Las empresas industriales y comerciales del Estado; c. Las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica; d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e. Los institutos científicos y tecnológicos; f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; 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. (Congreso de la República de Colombia, 1998, Artículo 38)

Pero para poder desarrollar de manera adecuada nuestro argumento, tenemos que realizar una interpretación armónica con el artículo 68 ibídem, según el cual dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional se encuentran las sociedades de economía mixta, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización cuyo objeto principal sea la prestación de servicios públicos domiciliarios (Congreso de la República de Colombia, 1998). Una vez sentadas estas bases resulta más sencillo establecer los principales puntos bajo los cuales se soporta la naturaleza de las ESP, las cuales procedemos a explicar en los siguientes términos: **1.** Al tenor del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se dispone que las sociedades de economía mixta pertenecen a la estructura del Estado como entidades descentralizadas y como veremos más adelante las ESP mixtas y privadas con aportes públicos pertenecen a dicha categoría; **2.** Si bien la Ley 142 de 1994 consagró un régimen especial para las ESP que es diferente al empleado por la mayoría de sociedades de economía mixta, esto no sería una razón suficiente para considerarla como el factor determinante para atribuir consecuencias diferentes frente a la asignación

de la naturaleza jurídica. Lo anterior podría traducirse en que no importa que su régimen sea el privado, aun pese a dicho aspecto pueden ser las ESP consideradas como una expresión más de la estructura del Estado, como entidades descentralizadas por servicios; y **3.** Ha manifestado la Corte Constitucional que no importa el porcentaje del capital social con el que cuente determinada entidad, pues la sola existencia de dineros públicos en un haber social, constituyen una base suficiente para considerarla como una sociedad de economía mixta. Lo anterior formulado en los siguientes términos:

Atribuye al legislador la facultad de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, al igual que en los artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6 dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. (Corte Constitucional, 1999)

Para confirmar esta línea de interpretación la Corte Constitucional, con ocasión de la demanda de constitucionalidad formulada contra los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, dispuso qué:

La Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue la de excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama ejecutiva del poder público. (Corte Constitucional, 2007)

Así las cosas, bajo ese orden de ideas podemos manifestar que no importa el porcentaje del capital público existente en una ESP, ni el régimen aplicable a sus actividades de gestión u operación, el legislador estableció las condiciones para

considerar las ESP como entidades descentralizadas por servicios y por ende como integrantes de la rama ejecutiva del Estado. Sin embargo y en orden a ofrecer más elementos que nutran esta primera parte de la discusión, consideramos pertinente presentar los argumentos formulados en contra a los elementos que acabamos de enunciar.

El primer argumento consiste precisamente en efectuar una interpretación distinta del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, según la cual y como ya consideramos líneas arriba, se establecieron los integrantes del sector descentralizado de la rama ejecutiva del Estado, en dicha ocasión se dispuso: (Congreso de la República de Colombia, 1998, artículo 38) “*d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios*”. En atención al literal d, quienes sostienen esta tesis, manifiestan que la verdadera intención del legislador al incluir exclusivamente a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios fue precisamente cerrar el paso a las ESP de carácter mixto y privado con participación pública. A nuestro parecer este es un argumento que resulta insuficiente, pues en primer lugar acude a una interpretación sumamente restrictiva frente a los componentes del sector descentralizado y segundo, ignora las disposiciones atinentes a la inclusión de las sociedades de economía mixta en la estructura estatal, pese a contar con argumentos suficientes para no efectuar dicho tipo de exclusiones.

Un segundo argumento de quienes sostienen la inviabilidad de considerar las ESP como integrantes de la estructura del Estado y por consiguiente como personas de derecho público, atiende a las características propias de este tipo de personas jurídicas, es decir, argumentan que una de las motivaciones del legislador al considerar el régimen privado para su actuación y administración consiste precisamente en los beneficios que traerían a su gestión las instituciones del derecho privado, esto es agilidad e inmediatez en los procedimientos, en oposición a las instituciones regladas del derecho público que implican la inclusión de procedimientos menos veloces, en consideración a las instancias de control

diseñadas para la gestión de los dineros públicos. Posición completamente infundada, pues como ya lo vimos, un aspecto es la naturaleza que ostentan las ESP y otra muy distinta el régimen jurídico que le fue atribuido por el legislador, razón por la cual en nada influye que su naturaleza sea una u otra, pues para fines prácticos su régimen jurídico es lo que determina su capacidad de reacción y competitividad frente a las condiciones del mercado. Este último punto es de vital importancia, pues no puede olvidarse que fue precisamente por atender al mercado y sus condiciones especiales que se tomó la decisión de buscar un modelo que le brindara las herramientas necesarias a las ESP para responder a entornos cambiantes y situaciones negócias que requieren de extrema agilidad, lo que para nosotros se traduce en emplear muchas de las instituciones propias del derecho privado.

Una vez dicho lo anterior quedaría zanjada la primera parte de la discusión, mediante la cual buscábamos establecer la naturaleza de las ESP de carácter mixto o privadas con participación pública, recalcando que fue voluntad del legislador emplear una mixtura entre los modelos para buscar la eficiencia y eficacia en su gestión. Lo que sigue para desarrollar nuestros fines es establecer las consecuencias de dicha clasificación, así como las excepciones contempladas por la norma

## **I.II ACTOS Y CONTRATOS SUJETOS AL DERECHO PÚBLICO**

Fue voluntad de legislador establecer tratamientos diferenciados frente a las múltiples situaciones en las que se puede ver inmersa una ESP en la gestión de sus negocios. Pese a que existe una cláusula general frente al régimen aplicable, abordaremos el estudio de las situaciones que implican la aplicación de reglas e instituciones de derecho público. A partir de este momento, podemos empezar a verificar el carácter híbrido que el legislador consideró pertinente para satisfacer las necesidades propias de este tipo asociativo.

La misma Ley 142 de 1994 contempló aquellas situaciones en las que, excepcionalmente, resulta inaplicable el régimen jurídico privado, considerado para la gestión de las ESP, para lo cual incluyó el capítulo varias disposiciones tendientes a delimitar aquellas situaciones. Para abordar este punto consideraremos las consagraciones efectuadas en desarrollo del capítulo II. En este apartado encontramos el artículo 35 el cual regula las características contractuales de aquellas ESP que ostenten una posición dominante, el numeral primero del artículo 39, a través del cual se regula el *Contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente* y finalmente el artículo 40 mediante el cual se dictan las condiciones de los actos y contratos que busquen la asignación de *Áreas de servicio exclusivo*, como veremos a continuación.

### **I.II.I CONTRATOS DE LAS EMPRESAS QUE TIENEN POSICIÓN DOMINANTE.**

Este es un primer supuesto en el cual se admite la aplicación de las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993 a la operación de las ESP. En este escenario la ley establece:

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. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

Como puede deducirse de la lectura del artículo 35 ibídem, existen unos supuestos fácticos que deben cumplirse para que puedan aplicarse las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, a saber; **a.** El operador de servicios públicos domiciliarios debe ostentar una posición dominante en el mercado y ésta debe ser

verificable; **b.** La actividad principal del operador debe consistir en la distribución de *bienes o servicios* que adquiera de terceros. Una vez verificado el cumplimiento de dichos requisitos, resultaría válido exigir el cumplimiento de ciertas medidas que garanticen la escogencia de los proveedores en condiciones de igualdad y dando cumplimiento a los principios propios de la función pública (Congreso República de Colombia, 2007).

Existen algunos consensos frente a dicha posibilidad dada por la ley y sus partidarios acuden a su defensa argumentando que dicha posibilidad fue contemplada por el legislador como un mecanismo para garantizar la filosofía que existe tras la prestación de los servicios públicos, esto es garantizar la materialización de los fines estatales como una herramienta para garantizar las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Los detractores de la aplicación de esta excepción señalan el principal punto débil de la norma en comento. Cuando la ley 142 de 1994 realiza la formulación del artículo 35 emplea la redacción “podrán exigir” para referirse al papel de las comisiones de regulación. No obstante, esto contempló como una posibilidad, mas no una disposición de obligatorio cumplimiento. Lo anterior es anotado por el profesor Marín Cortés al manifestar:

(...) se contempló la posibilidad – no la obligación o necesidad- de que las comisiones de regulación reglamenten el tema, pues se indicó que los casos allí previstos, y en otros, “podrán exigir” que los bienes se adquieran por licitación pública, es decir por uno de los procedimientos de la ley 80, o también pueden crear un procedimiento amplio de participación. (MARÍN CORTÉS, 2010, pág. 359)

Esta posibilidad fue revisada en su momento por la Corte Constitucional con origen en una demanda de constitucionalidad que dio como resultado la sentencia C-066 de 1997, en dicha ocasión la corte declaró la exequibilidad de la norma

demandada al considerar que aunque (Corte Constitucional, 1997) *“tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las comisiones de regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por al acto reclamado”*.

Este escenario constituye una primera excepción al régimen privado que debe ser empleado en las relaciones contractuales de las ESP, al considerar que en aquellas situaciones en las que un operador de servicios públicos detente una posición dominante en el mercado, deben ser empleadas las instituciones del derecho público, tales como la licitación pública, como mecanismo para garantizar la consecución de los fines estatales y el respeto por los principios que rigen la función pública, que en este caso son aplicados por extensión.

### **I.II.II CONTRATO DE CONCESIÓN PARA EL USO DE RECURSOS NATURALES O DEL MEDIO AMBIENTE.**

El artículo 39 *Ibídem* en su numeral primero, estableció la posibilidad con la que cuentan las ESP para celebrar contratos de concesión para la gestión de recursos naturales, contratos que por su naturaleza y por expresa remisión de la norma: - *“Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas”* (Congreso de la República de Colombia, 1994) -, responde a las dinámicas del derecho público y encuentra su fundamento por vía analógica en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual (Congreso República de Colombia, 1993, artículo 32) *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público (...)”*.

Mediante este contrato la ESP establece las condiciones mediante las cuales se facilita la explotación o disfrute de un determinado recurso natural. La norma contempla dos ejemplos que deben considerarse a título enunciativo mas no taxativo, cuando habla sobre la posibilidad de constituir contratos frente a: **i.** Concesiones de aguas; o **ii.** Concesiones frente al espectro electromagnético. En ambos casos establece algunas condiciones que deben cumplirse para su perfeccionamiento, pero como manifestamos líneas arriba, establece una remisión a las normas especiales que regulan la materia, lo que pone en terreno del derecho público su funcionamiento y procedibilidad, pues es con arreglo a sus reglas como debe manejarse cada etapa de dicho negocio jurídico.

Como las principales características de esta modalidad contractual podemos reseñar: **a.** La entidad o ESP asume el carácter de cedente y otorga a un tercero, persona natural o jurídica, cesionario, la operación, explotación o gestión frente a determinado recurso; **b.** El tercero persona natural o jurídica, cesionario, asume la gestión de los recursos concesionados y sustituye en todo aspecto a la ESP cedente; **c.** El cesionario recibe la autorización para la explotación del correspondiente recurso natural y puede desarrollar todas las actividades correspondientes acorde a su naturaleza; **d.** La entidad o ESP cedente mantiene durante toda la vigencia de la relación contractual, la potestad de ejercer la inspección, vigilancia y control frente a la labor que deba ser desarrollada por parte del concesionario; **e.** El tercero cesionario, recibe a cambio de su actividad una remuneración que puede consistir en *derechos, tarifas, tasas, valorización o una participación sobre la explotación del respectivo recurso* o en un sentido más general cualquier otra modalidad que pueda considerarse como una contraprestación por su actividad; y **f.** El concesionario adquiere la condición de auxiliar en la administración, razón por la cual debe dar cumplimiento a los principios que rigen la función pública.

### **I.II.III CONTRATOS DE ENTREGA DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO.**

Bajo esta modalidad se le brinda la potestad a las ESP de que por motivos de interés público se establezcan *áreas de servicio exclusivo*, en las cuales ninguna otra ESP pueda ofrecer sus servicios durante un determinado tiempo. Esta alternativa es regulada por el artículo 40 de la ley 142 de 1994, estableciendo que:

Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.  
(Congreso de la República de Colombia, 1994)

Lejos de querer constituir organizaciones monopólicas, el querer del legislador fue brindar condiciones atractivas para que los operadores consideraran la prestación de ciertos servicios públicos en regiones en las que por motivos geográficos resultaba difícil garantizar o bien su calidad, o bien su cobertura. En dichos contextos el establecimiento de áreas de servicio exclusivo constituían los *ganchos* perfectos para atraer la inversión privada y así promover el cumplimiento de los fines estatales.

Ahora bien, para la constitución de áreas de servicio exclusivo se requiere la formulación de un contrato de concesión que resulte de una licitación pública que debe cumplir con los parámetros de la Ley 80 del 93 por lo que es válida la interpretación consistente en que esta modalidad no ostenta de una entidad propia, sino que por lo contrario esta vinculado en una relación genero – especie

frente a los contratos de concesión del artículo 39 numeral 1. Sin embargo, se opte por una u otra posición, lo cierto es que acá nos encontramos nuevamente frente a una excepción al régimen traído por la Ley 142 de 1994 y por consiguiente por un nuevo campo de aplicación de las normas de derecho público en el desarrollo negocial de las ESP.

#### **I.II.IV CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES**

Finalmente llegamos a uno de los puntos básicos en la operación de las ESP, esto es el contrato que regula la prestación del servicio público acometido y su relación con el usuario. El contrato de servicios públicos es un contrato uniforme y consensual (Congreso de la República de Colombia, 1994, artículo 128), mediante el cual la ESP se obliga frente al usuario a la prestación de un servicio público a cambio de una contrarestación en dinero. Es un contrato en el cual las condiciones de la prestación han sido definidas previamente, para ofrecerlas a un número no determinado de usuarios, en otras palabras nos encontramos frente a un contrato de adhesión en el cual no existe un margen de negociación para los usuarios, de manera que para acceder a los servicios que presta la ESP deben aceptar en su integralidad todas las condiciones que les son impuestas. Al ser un contrato de naturaleza consensual, tenemos que su perfeccionamiento se presenta cuando la ESP define las condiciones en las que prestará el servicio, de un lado, y del otro, que regulará la relación cuando un usuario determinado solicita recibir el servicio en un bien, que puede o no ser de su propiedad.

Frente al régimen legal del contrato de condiciones uniformes la ley establece que este: *“se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por lo que las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.”* (Congreso de la República de Colombia, 1994, artículo 132) Sin embargo, la Corte Constitucional, consciente de la importancia que reviste este contrato, se pronunció con ocasión de la sentencia SU-1010 de 2008.

En esta oportunidad la corte aprovecho la oportunidad para desarrollar un juicioso exámen sobre las condiciones y características propias del contrato de condiciones uniformes, pasando por sus elementos constitutivos, naturaleza, régimen jurídico aplicable y modalidades de control. Este último punto de especial importancia para nuestro objeto de estudio, pues si bien la ley en su momento nos dijo que el régimen legal al cual estaba sometido el contrato de servicios públicos era el privado, vía código de comercio y código civil, la Corte Constitucional manifiesta que esto no es del todo exacto, pues este al ser un contrato de especial carácter, es un medio a través del cual se materializan los fines estatales, mal podria dejarse todo en manos del derecho privado, pues como lo cita anota la H. Corte Constitucional:

La obligatoria sujeción del contrato de servicios públicos domiciliarios al ordenamiento jurídico, concretamente a normas de derecho público, constituye sin lugar a dudas, un límite a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad de las partes, claramente justificado en la necesidad de evitar que las empresas prestadoras abusen de su posición dominante, y el hecho de ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado y tener como fin principal y último, satisfacer las necesidades esenciales de las personas y garantizar el goce efectivo de sus derechos constitucionales – vida, salud, educación, seguridad social, etc-. (Corte Constitucional, 2008)

Así soluciona la Corte Constitucional un tema especialmente controversial, pues antes de contar con dicha providencia se venían alimentando posiciones relativas al abandono del derecho público en áreas de especial importancia como los servicios públicos, en algo que la doctrina denominó la *huida del derecho administrativo*, a través de este se aludía al fenomeno mediante el cual en un sinnúmero de espacios se dejaron de emplear las herramientas del derecho público y fueron gradualmente sustituidas por las instituciones del derecho

privado. No obstante con la sentencia de unificación 1010 del año 2008, se demostró cuan infundados eran dichos temores, pues desde la institucionalidad nunca se olvidó la importancia de los servicios públicos como mecanismo de materialización de los derechos, por lo cual resultaba impensable dejar estos mecanismos abandonados a la voluntad de las ESP. Una vez más se demostró que con el artículo 365 superior, el Estado no renunció a la estrategia de los servicios públicos, sino que se cambió su concepción frente al rol desplegado. En esta línea argumentativa se expresa Gaspar Ariño en (ARIAS, 2010):

En toda actividad de servicio público, la administración conserva, aun cuando tal actividad sea concedida, unos poderes internos de dirección, modalización, y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la organización misma que la realiza; esto es, la administración sigue siendo titular, y por ello sigue teniendo la dirección y la responsabilidad de la prestación. (ARIAS, 2010)

Tras las reformas estructurales a las que conllevó la Constitución Política de 1991, al permitir la entrada de sociedades y capitales privados en la prestación de los servicios públicos, resultó un nuevo papel a ser desplegado por el Estado. No consistía ya en la prestación total de los servicios públicos acorde con los viejos paradigmas del concepto, sino que por el contrario se le asignaron nuevas competencias y responsabilidades como supremo director de la economía. Su nuevo rol no implicaba la neta prestación, la importancia de su nueva función consiste en la regulación de las condiciones bajo las cuales las ESP prestan los servicios y más importante aun, la generación de condiciones que propicien la expansión en cobertura y mejora en calidad. Considerado lo anterior, resulta injusto pensar en un abandono o huida del Estado, para hablar en términos más precisos podemos pensar en la evolución del Estado y obligaciones.

## **II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO PRIVADO EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS Y PRIVADAS CON APORTES DE CAPITAL PÚBLICO.**

Como hemos venido manifestando, el constituyente diseñó un nuevo modelo para la prestación de los servicios públicos y dejó abierta la posibilidad para que el legislador completara los componentes de dicha estructura mediante la expedición de leyes de la República que armonizaran con dichas disposiciones marco. Ya mencionamos ciertas características novedosas en las transformaciones traídas por el constituyentes, quizá de las cuales la más importante en cabeza de la posibilidad de permitir a particulares la entrada a la acometida de dichas actividades. Sin embargo, dado nuestro objeto de estudio, procederemos con otro de los aspectos de importancia en dicha reforma, esto es la posibilidad que se le dio al legislador para definir el régimen idóneo para ser aplicado por las ESP en desarrollo de sus actividades.

Pero antes de llegar la fórmula empleada por el legislador, vale hacer unas someras precisiones frente a los elementos del contexto que dieron origen a dicho escenario. Dicho lo anterior, procedemos a desplazarnos un par de décadas atrás en el panorama regional hasta llegar a la última década del siglo XX. Estos eran tiempos en los que el Estado era concebido como la forma más grande de asociación concebida por las sociedades y los servicios públicos eran concebidos como una concepción más de la función pública, o empleando una redacción más fidedigna, *la función pública por excelencia*.

Fue así como cada día y en atención a las nuevas necesidades sociales, se fueron incluyendo actividades de muy diversa índole como cargas obligacionales a cargo del Estado. Como principales ejemplos podemos aludir a la educación, salud, agua potable, electricidad, correos, entre muchos otros. Esta inflación prestacional ocasionó un incremento desmedido en la estructura estatal, lo cual también se vio reflejado en la conformación presupuestal de los países. Para cumplir con la

diferentes obligaciones adquiridas con sus asociados, los Estados se vieron obligados a efectuar elevados incrementos a sus rubros equivalentes al gasto público, lo que en el largo plazo desbalanceó negativamente las finanzas públicas y generó la cesación de pagos en muchas economías.

Esta fue una situación que se presentó con insistencia en diferentes países de la región, lo que obligó a que los gobiernos generaran fórmulas que permitieran conjurar los problemas económicos sin que resultaran afectados los ciudadanos y sin desmejorar las condiciones de vida a las que ahora tenían acceso.

En este contexto y propiciadas por los movimientos de la *apertura liberal*, se desarrollaron una serie de reformas mediante las cuales los Estados gradualmente desmontaron los modelos de prestación de servicios públicos, trasladando su contenido de carácter prestacional hacia actores del sector privado, quienes veían en esta crisis una oportunidad perfecta para el desarrollo de actividades de carácter comercial, con la posibilidad de generar considerables utilidades.

Los primeros modelos acudieron a la figura de la concesión, a través de la cual el Estado buscaba mantener ciertos parámetros de control frente a las actividades concesionadas. Hicieron falta varios años para que se pudiera entender que las sociedades y capitales privados no eran un enemigo en la prestación de los servicios públicos. Si bien existen profundas diferencias que parecen irreconciliables, por ejemplo la finalidad de unos y otros, pues mientras el privado busca una contraprestación, el operador público busca la materialización de garantías fundamentales, se lograron los acuerdos suficientes para permitir su prestación eficiente. El Estado se percató de que para conjurar su desconfianza frente a los posibles abusos de los operadores de servicios públicos, bastaba con ejercer su rol regulatorio de manera firme y eficiente.

Su importancia fue debidamente reconocida por el constituyente y aprovechando las infinitas posibilidades en el diseño del nuevo modelo:

(...) concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho, con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud. Dicha prestación debe adelantarse bajo un régimen jurídico determinado por el legislador acorde con las necesidades de la comunidad y dentro de una nueva perceptiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los participantes. (Corte Constitucional, 1997-B)

El Congreso de la República al estudiar el proyecto de ley que con posterioridad se convertiría en el *Estatuto de los servicios públicos*, consideró que lo más conveniente sería mantener la operación de las ESP en lindes del derecho privado, por varias de las razones que ya hemos considerado – Agilidad negocial, facilidad en los protocolos de contratación, celeridad en sus procedimientos y competitividad-. En este punto gozó de total autonomía, pues como ya pudimos verlo, el constituyente lo dotó de suficiente autoridad para establecer el régimen aplicable, según considerara más pertinente.

Debe precisarse que los conceptos de naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable no son equiparables, aun cuando puedan estar relacionados. Frente a la naturaleza jurídica ya hemos efectuado varias consideraciones, según las cuales puede acogerse la tesis de considerar las ESP como sociedades de economía mixta y por ende como entidades del sector descentralizado por servicios y adscritas a la estructura estatal, sin que lo anterior implique una renuncia a las

disposiciones traídas por la Ley 142 de 1994 frente al régimen jurídico aplicable, el cual por regla general es el establecido en la normatividad privada.

Este tipo de diferencias, a lo sumo, sirven para caracterizar, al interior de una misma categoría de entidades, las particularidades de unas y de otras, sin que de allí se siga que ostentan una naturaleza diferente. No entenderlo así implicaría asignarle a cada entidad que no se enmarque en un esquema común, entre una tipología de entes públicos, una categoría autónoma, en forma por demás injustificada. (MARÍN CORTÉS, 2010, pág. 143)

De esta manera, tenemos que la relación naturaleza- régimen, no es necesariamente interdependiente, pues no basta con conocer cuáles son las instituciones aplicables a su actividad para inferir su naturaleza y viceversa, lo que reafirma el carácter mixto con el cual fueron concebidas las ESP y su modelo de gestión.

## **II.I ACTOS Y CONTRATOS SUJETOS AL DERECHO PRIVADO.**

Por regla general, el derecho privado es el régimen aplicable a las actividades contractuales y gerenciales de los operadores de servicios públicos domiciliarios. Las razones que hemos venido ofreciendo consisten en la capacidad de reacción y administración que son proporcionadas por las instituciones del derecho *común* para la gestión de los negocios de las ESP.

### **II.I.I EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

Su régimen contractual encuentra su fundamento normativo en el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001. En dicha oportunidad el legislador estableció que “*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 que la presente ley disponga otra cosa”* (Congreso de la República de Colombia, 2001, artículo 3°).

Salvo las conocidas excepciones – Contratos de concesión de recursos naturales, contratos de ESP que ostenten posición dominante, contratos que otorguen áreas de servicio exclusivo y el contrato de condiciones uniformes- toda la actividad contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios deberán sujetarse a las reglas del Código de Comercio y del Código Civil, con toda la variedad en las tipologías de contratación que esto pueda implicar. A manera de corolario nos permitimos incluir una disposición contenida en la Ley 1150 de 2007 que resulta pertinente para completar la perfilación realizada al mecanismo de contratación diseñado por el legislador, al establecer 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 (...) (Congreso de la República de Colombia, 2007, artículo 13)

La anterior norma establece un marco aplicable a la contratación de las ESP, mediante el cual se busca garantizar una política de *buen gobierno* en el ejercicio de la contratación por las vías enteramente *ius privadas* establecidas en la ley. Para lo pertinente no debe olvidarse la clasificación que realizamos según la cual las ESP sin que importe el porcentaje de participación pública, se constituyen como sociedades de economía mixta y por ende como entidades del orden descentralizado por servicios, razón por la cual el artículo 13 *ibídem* sería aplicable en la mayoría de las situaciones.

## **II.I.II EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

Frente a los actos de las empresas de servicios públicos la ley 142 de 1994 dispuso:

Salvo en cuanto a la constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regiran exclusivamente por las reglas del derecho privado. (Congreso de la República de Colombia, 1994, artículo 32)

En consideración a lo anterior solo basta hacer un rápido comentario, pues existe una pacífica uniformidad de criterio frente a este punto. La única observación que puede darse en este punto consiste en la diferenciación entre los actos de administración, que serán conducidos bajo las normas del derecho privado, mientras que los actos que expida la ESP en relación con el usuario, en concordancia con las especificidades del contrato de condiciones uniformes, serán regidos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **III. EL RÉGIMEN MIXTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO PÚBLICO**

Como se pudo observar en desarrollo del presente escrito, el constituyente con ocasión de la Constitución Política de 1991, diseño un modelo híbrido para garantizar la prestación de servicios públicos en el cual integró las concepciones clásicas, frente a la acometida de los servicios, con las nuevas características de los entornos regionales y sus correspondientes retos. Efectuó un diseño marco y dejó abierta la puerta para que el legislador se encargara de completar los detalles

en la formulación del modelo, atendiendo a las condiciones que fueran detectadas desde su formulación, en aras de alcanzar los fines propuestos.

Acuñó, el legislador, principalmente las instituciones del derecho privado, a través de las cuales buscó preparar a las ESP para afrontar los retos en materia de competitividad y agilidad negocial, como mecanismo para la obtención de sociedades fuertes que permitieran la ampliación en cobertura en aquellas regiones en las que por condiciones geográficas esto constituía un problema o bien en aquellos eventos en los que se tuvieran dificultades respecto de la calidad del servicio, esto especialmente sensible en temas como la potabilidad del agua.

Así, como respuesta a la conciencia frente a la importancia de establecer límites claros que permitieran conservar la identidad de los servicios públicos como mecanismo para alcanzar los fines constitucionales, decidió el legislador establecer algunas modalidades bajo las cuales debían aplicarse instituciones de derecho público, bien por la entidad misma de los actos jurídicos o bien por la carga prestacional tras ellos. Con lo anterior se buscó establecer un modelo fuerte para la protección del Ciudadano – Usuario, considerada la naturaleza misma del servicio prestado.

Este carácter mixto en la creación del modelo, permite emplear las mejores características de uno y otro régimen, de manera que se garanticen las condiciones en las que se presta el servicio a los usuarios y sus derechos puedan ser protegidos en forma eficiente frente a los posibles abusos a los que puedan ser sometidos. En pocas palabras contamos con la agilidad del derecho privado y con el garantismo del derecho público.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El constituyente diseñó un modelo de prestación de los servicios públicos mediante el cual se permitió la asistencia de actores privados para estimular la expansión en la cobertura y la mejora en calidad de los servicios ofrecidos.

Fue tarea del legislador completar el diseño y definir el régimen jurídico bajo el cual se encauzaría la operación de las Empresas de Servicios Públicos, sin que importaran las consideraciones a efectuarse frente a su naturaleza.

El régimen jurídico consagrado por el legislador para la operación de las Empresas de Servicios Públicos es el privado, mediante la aplicación de las normas del Código de Comercio y del Código Civil en sus actos y contratos.

Como excepciones al régimen jurídico consagrado, el legislador estableció la aplicación de reglas de derecho público (Ley 80 de 1993) en la celebración de contratos de: **i.** Concesión; **ii.** Entrega de áreas de servicio exclusivo; **iii.** Contratos celebrados por ESP que ostenten posición dominante en el mercado; y **iv.** Los contratos de condiciones uniformes.

Pese al régimen privado consagrado por la Ley 142 de 1994, la naturaleza de las ESP está dada por la conformación de su capital, según la cual si existe cualquier porcentaje de participación de dineros públicos, la ESP puede equipararse a sociedades de economía mixta, lo que las circunscribe como entidades del sector descentralizado por servicios y por consiguiente como integrantes de la estructura del Estado.

## V. REFERENCIAS

ARIAS, F. (2010). *Servicios públicos domiciliarios*. Tunja: Universidad Santo Tomás.

Congreso de la República de Colombia. (1994). *Ley 142*. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1998). *Ley 489*. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 689*. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150*. Bogotá.

Congreso República de Colombia. (1993). *Ley 80*. Bogotá.

Congreso República de Colombia. (2007). *Ley 1150*. Bogotá.

Constitución Política. (1991). *Constitución Política*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-066*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1997-B). *Sentencia C-247*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-953*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-736*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia SU-1010*. Bogotá.

MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.