



**ACTOS NEGOCIALES FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA
DICOTOMÍA EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE
SERVICIOS PÚBLICOS (ESP) DOMICILIARIOS OFICIALES**

Autor

Carlos Andrés Perdomo Rojas

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 D. C., Colombia, 2018

TABLA DE CONTENIDO

Contenido	
ACTOS NEGOCIALES FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA DICOTOMÍA EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS (ESP) DOMICILIARIOS OFICIALES	4
Resumen	4
Abstract.....	6
Key words:.....	6
Introducción	8
LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES: DIFERENTES CRITERIOS PARA IDENTIFICAR SU NATURALEZA JURÍDICA.	10
I. El impacto de la economía en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.....	10
I.I La Constitución de 1991 y el Estado como garante de la prestación de los servicios públicos domiciliarios	12
I.II La construcción de un régimen mixto de contratación en el sector de los servicios públicos domiciliarios: una idea decantada en nuestro país.	14
II. La presencia del derecho administrativo en las relaciones negociales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.....	21
II.I. El ejercicio de la función administrativa y los actos jurídicos unilaterales en desarrollo del contrato de condiciones uniformes	23
II.II Las cláusulas excepcionales y los contratos exceptuados del régimen de contratación estatal	25
II.III La licitación como exigencia de las comisiones de regulación para la selección de contratistas.....	29
II.IV Inclusión de las ESP oficiales en la estructura del Estado, sujeción de éstas a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y sus efectos en la expedición de los actos contractuales.....	32
III. Criterios de interpretación acerca de la naturaleza jurídica de los actos expedidos en el marco de las relaciones negociales de las empresas de servicios públicos oficiales. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de las disposiciones legales vigentes.	36
III.I El ejercicio de función administrativa como fundamento de la expedición de actos contractuales.	37
III.II Régimen jurídico de los actos contractuales como consecuencia de la autorización legal otorgada a las empresas de servicios públicos para definir su régimen de administración y funcionamiento.	41
III.III Criterio orgánico: el régimen jurídico sustantivo no define la naturaleza de los actos contractuales, sí lo hace la naturaleza de la entidad que lo expide.....	44

III.IV Las cláusulas accidentales como justificación contractual para la expedición de actos unilaterales de contenido negocial por parte de las empresas de servicios públicos oficiales.....	50
Conclusiones.....	53
CATEGORIZACIÓN DE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES: REFLEXIÓN FRENTE A SU NATURALEZA JURÍDICA E IMPUGNACIÓN.....	57
I. Criterios de interpretación de la Ley 142 de 1994 como punto de partida para identificar la naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos estatales.....	57
II. Identificación de los actos administrativos en el marco del Estatuto General de Contratación Estatal.....	61
III. Clasificación de los actos de las empresas de servicios públicos oficiales en desarrollo de su actividad precontractual. Análisis puntual de actos relevantes.	64
IV. Clasificación de los actos expedidos por parte de las empresas de servicios públicos oficiales en ejecución de las etapas contractual y postcontractual. Análisis puntual de actos relevantes.	73
V. Las incidencias de ofrecer tratamiento de actos administrativos a los actos contractuales de las empresas de servicios públicos estatales.	82
V.I El control de legalidad de los actos contractuales de las ESP oficiales: régimen jurídico frente a la jurisdicción competente.....	86
Conclusiones.....	90
REFERENCIAS.....	92
Doctrina	92
Jurisprudencia.....	102
Normatividad.....	106

ACTOS NEGOCIALES FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA DICOTOMÍA EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS (ESP) DOMICILIARIOS OFICIALES

Resumen

La actividad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, por mandato de la Ley 142 de 1994, se enmarca bajo un régimen sustancial de derecho privado, como excepción de lo preceptuado en el Estatuto General de la Contratación Pública. Sin embargo, dentro de los procesos contractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, especialmente las de naturaleza oficial, se incorporan normas y procedimientos propios del derecho administrativo, lo cual conlleva a que en la práctica jurídica se genere un debate acerca de la naturaleza jurídica de los actos que se expiden en el marco de los procesos contractuales en estas entidades. Pese a que se ha reconocido la configuración de un régimen mixto en el ámbito de las relaciones negociales de las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales, persisten vacíos de carácter legal que no han sido objeto de interpretación por los altos tribunales. Tales vacíos se generan, principalmente, frente a los actos que no encuentran expresamente una justificación legal para ser reconocidos como administrativos.

En este sentido, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal determinar la naturaleza de los actos jurídicos expedidos por las ESP domiciliarios oficiales en desarrollo de su actividad negocial.

Con el propósito de establecer la naturaleza jurídica de los actos expedidos por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales en el marco de sus relaciones contractuales, se precisa analizar en detalle los diferentes criterios que se han venido utilizando por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En este orden de ideas, en el primer artículo se adelantará un estudio sobre las diferentes posturas asumidas por la jurisprudencia frente a estos criterios. Para ello se acudirá a fuentes normativas y doctrinales, y a la enunciación previa de los casos frente a los cuales no existe disparidad de criterios en la aplicación del derecho público. Esto alude a los actos expedidos por parte de ESP

domiciliarios públicas, mixtas y privadas en los eventos en que el legislador expresamente autorizó a estas entidades el ejercicio de la función administrativa.

Teniendo en cuenta que en el desarrollo de su actividad comercial las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza oficial expiden diferentes tipos de actos jurídicos, se propone, como segundo objetivo, realizar una categorización de los diferentes actos vinculados con la actividad contractual de las ESP oficiales. Para el cumplimiento de este objetivo, en el segundo artículo se identificarán los actos jurídicos que se consideran relevantes y determinantes en dicha actividad, y se procederá con su análisis bajo los parámetros y disposiciones inherentes al propio régimen especial de servicios públicos domiciliarios autorizado por el plexo constitucional. Así, se pretende establecer qué naturaleza jurídica le resulta aplicable a cada una de estas decisiones.

Palabras clave: servicios públicos domiciliarios, excepciones, actos administrativos, prestadores, contratación, función administrativa.

Abstract

The contractual activity of domiciliary public service companies, by mandate of Law 142 of 1994, is framed under a substantial regime of Private Law, as an exception to the provisions of the General Statute of Public Procurement. However, within the contractual processes of domiciliary public service provider entities, especially those of an official nature, standards and procedures of administrative law are incorporated, which lead to a debate about the nature of legal practice of the acts that are issued within the framework of the contractual processes in these entities. Although the configuration of a mixed regime has been recognized in the scope of business relations of companies providing official public services, there are still gaps of a legal nature that have not been interpreted by the high courts. Such gaps are generated, mainly, because of acts that do not expressly find a legal justification to be recognized as administrative acts.

In this sense, the present research work has as its main objective to determine the nature of the legal acts issued by the public domiciliary service companies in the development of their business activity.

So that with the purpose for establishing the legal nature of the acts issued by the public domiciliary service companies in the context of their contractual relations, it is necessary to analyze in detail the different criteria that have been used by the jurisprudence of the Council of State. In this order, the first article will deliver a study on the different positions assumed by the jurisprudence facing these criteria, also reviewing to normative and doctrinal sources previously making an enunciation of the cases against which there is no disparity of criteria in the application of Public Law, that is, the acts issued by public, mixed and private domiciliary service companies, in the events in which the legislator expressly authorized these entities to execute an administrative function.

Bearing in mind that in the course of their business activity, public domiciliary service companies of an official nature issue different types of legal acts, this work proposed as a second objective, to make a categorization of the different acts related to the contractual activity of the official public service companies. To accomplish this objective, the second article will identify the legal acts that are considered relevant and determinant in this activity, and will proceed with its analysis, having in count of the parameters and provisions inherent to the special regime of public domiciliary services authorized by the constitutional plexus, and in this way to establish which legal nature is applicable to each of these decisions.

Key words:

Keywords: domiciliary public services, exceptions , administrative acts, service providers, hiring, administrative function.

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se inició para Colombia una nueva etapa que marcó el desarrollo jurídico del país. Por tal razón se replanteó la forma como las personas interactuaban con las instituciones, con los derechos y los demás miembros de la comunidad. A partir de este momento Colombia se concibió como un Estado Social de Derecho, garantista de los derechos humanos, consagrando en la Carta Política fines y objetivos esenciales alrededor de los cuales giraría la función administrativa.

En materia de servicios públicos domiciliarios, estos tomaron gran importancia para dar cumplimiento a los fines establecidos por la nueva constitución, garantizar la promoción del interés general y el bienestar social. De conformidad con ello, acatando lo definido en el texto superior, el legislador promulgó la Ley 142 de 1994 que incorporó la libre competencia entre prestadores oficiales, mixtos y privados, y un marco jurídico especial para los actos y contratos teniendo como regla general la aplicación de normas de derecho privado y, excepcionalmente, de derecho público.

A partir de las disposiciones constitucionales y de la regulación legal dada a la actividad contractual del sector de los servicios públicos, se ha arribado a la idea de la existencia de un régimen de carácter mixto, atendiendo a la naturaleza de los servicios prestados. No obstante, cuando los prestadores oficiales interactúan en sus relaciones negociales, se observa una producción de actos unilaterales que se ajustan al Estatuto General de la Contratación Pública.

Frente a la naturaleza jurídica de los actos contractuales expedidos por las ESP domiciliarios oficiales, al analizar el estado del arte se encuentra que existen diferentes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales frente al régimen de contratación de las ESP oficiales de manera general. No obstante, a nivel doctrinal se desconocen estudios a profundidad frente la condición jurídica que se debe atribuir, en particular, a los actos que se expiden en la actividad precontractual y contractual de este tipo de entidades. Debe señalarse que, de forma reciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido asumiendo el

estudio de la naturaleza de este tipo de decisiones y, salvo contadas excepciones (2017, 19 de julio, Sentencia 57.394) ha tomando partido por calificarlas como verdaderos actos administrativos.

El abordaje de esta situación particular muestra la necesidad de dar tratamiento a aspectos de orden teórico y a plantear como pregunta de investigación central y orientadora del presente trabajo la siguiente: ¿cuál es la naturaleza jurídica de los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual por parte de las empresas de servicios públicos (ESP) domiciliarios oficiales?

Para dar respuesta a este interrogante es importante advertir que, en el desarrollo de la actividad contractual de las ESP oficiales, la incertidumbre frente a la naturaleza de las decisiones tomadas por parte de la entidad contratante presenta significativas repercusiones jurídicas. Esto obedece a la marcada diferencia existente entre los efectos que conllevan los actos jurídicos puramente negociales y los que generan los actos administrativos. Sin embargo, esta inseguridad jurídica podría reducirse si, producto de la evaluación de los criterios utilizados por el Consejo de Estado y la categorización de los actos jurídicos, se pudiese establecer que solo los actos que comprendan el ejercicio de la función administrativa pueden ser amparados con la naturaleza de actos administrativos, mientras que los demás solo podrán surtir los efectos de actos meramente negociales.

Acorde con esto, el proceso investigativo corresponde a uno de naturaleza teórica, haciendo uso de una metodología deductiva con enfoque cualitativo de tipo descriptivo. Se pretende detallar la situación acerca de la naturaleza jurídica de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de las empresa oficiales de servicios públicos domiciliarios. De igual manera, se realizará una propuesta sobre el régimen jurídico procedente en los diferentes actos administrativos de la actividad contractual y su control judicial, partiendo de la connotación de una empresa oficial que presta servicios públicos domiciliarios. Para este propósito se emplea la técnica documental de carácter argumentativo.

LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES: DIFERENTES CRITERIOS PARA IDENTIFICAR SU NATURALEZA JURÍDICA.

I. El impacto de la economía en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Hablar de servicios públicos domiciliarios implica aludir a la evolución del Estado, la función pública y la relación entre particulares y la administración, tal como se describe en la doctrina nacional en autores tales como Vidal (2016), Younes (2016 a) y Rodríguez (2015), entre otros. Debe tenerse en cuenta que la década de los años noventa trajo para Colombia el inicio de una nueva etapa que marcó el desarrollo jurídico del país y, en consecuencia, la forma como las personas interactúan con las instituciones, los derechos y demás miembros de la comunidad. La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 generó un cambio en la visión bajo la que se concibe la realidad jurídica, especialmente en lo relativo a la prestación de servicios públicos domiciliarios. Lo anterior estuvo acorde con la nueva perspectiva del Estado Social de Derecho y la visión neoliberal de la economía, como lo expone Guerra (2004).

Al momento de la redacción y posterior entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se tejieron alrededor del mundo diferentes teorías y políticas económicas que promovieron el impulso del mercado libre, a partir de la libre competencia y la búsqueda del logro de intereses individuales dentro de la economía, lo que generó la revisión conceptual de la noción del servicio público (Ariño, 2003, p. 585). De esta manera, Adam Smith acuñó el término de la *Mano invisible*, el cual fue desarrollado en su *Teoría de los Sentimientos Morales* en el año 1759, dando inicio al discurso sobre el egoísmo. Este tópico fue posteriormente desarrollado en el libro *La riqueza de las naciones* (1776) en el que se ratificó que el ser humano, en relación con el ámbito económico, se mueve por su interés individual y tal comportamiento determina el crecimiento económico.

Por esta misma vía, Smith condensa su teoría en la afirmación de que existe en el mercado una mano invisible que lo regula y permite que, de las ganancias que obtiene un individuo (que actúa motivado por sus intereses individuales), se beneficie de forma indirecta la mayor cantidad posible de personas. Smith (1776) indica que “no es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra cena, sino de la preocupación que ellos tienen por su propio bienestar... No nos dirigimos a su humanidad sino a su interés... Nadie sino un mendigo elige depender exclusivamente de la benevolencia de sus conciudadanos” (pp. 26-27). De esta manera, el mercado libre es capaz de coordinar, ordenar y armonizar por sí mismo los intereses particulares, lo cual genera el mayor bienestar posible para la sociedad.

Al respecto, Gallo (1987) indica que

Hay otro aspecto de las reflexiones de Smith que debe ser destacado y es su afirmación de que este proceso tiene lugar sin que los promotores de las acciones tengan conocimiento de los resultados o se propongan los fines a alcanzar. Los hombres, dice, actúan como guiados por una mano invisible que los lleva a promover fines que no son los perseguidos originalmente. La conocida expresión (*Mano invisible*) apunta al carácter paradójico de la situación y a lo difícil que le resulta a mentes limitadas como la nuestra tener una comprensión cabal de un mecanismo tan complejo (p. 9).

En definitiva, Smith propone un mercado regido por las leyes naturales de la oferta y la demanda, que prescinde de la regulación estatal por cuanto en la búsqueda de su propio interés económico se genera una variedad de productores y vendedores que conforman el mercado. De ahí que en él se busque el máximo beneficio produciendo mejores bienes con el costo más bajo posible, de manera que todos los recursos útiles se usen perfectamente y sean distribuidos también de forma óptima.

La importancia e influencia de esta teoría proviene principalmente de la promoción que hace a la libre competencia y al mercado, y del desmedro al control y a la vigilancia estatal ya que cualquier intervención desequilibra las normas naturales. Así se favorece la apertura de los mercados. Dicha teoría cobra real importancia para Colombia en la medida

en que esa apertura y libertad de mercados promovida por Smith influenciaron el texto constitucional, como se describe por parte de Correa (2008, p. 189) en el acápite que gira en torno a la libertad de empresa y la constitución económica, por medio de la cual se pretendió generar la libertad de empresa y permitir la iniciativa particular, incluso para la prestación de actividades administrativas como los servicios públicos domiciliarios.

Esta teoría traída a nuestro sistema jurídico impactó en la prestación de servicios domiciliarios a partir de la Constitución Política de 1991, en razón a que estos se venían considerando una función netamente administrativa. Esto denota que estaba en cabeza y podía ser prestada exclusivamente por entidades públicas, sin dar lugar a la participación de entidades mixtas o de derecho privado para la prestación de servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, la óptica del mercado neoliberal requirió que a lo largo de la carta magna se realizaran modificaciones a las regulaciones en cuanto al desarrollo de actividades administrativas como los servicios públicos domiciliarios, permitiéndose a los particulares su prestación de manera concurrente con el Estado (Restrepo, 2010, pp. 54-55).

I.I La Constitución de 1991 y el Estado como garante de la prestación de los servicios públicos domiciliarios

En materia de servicios públicos domiciliarios la Constitución de 1991 posibilitó que la función pública, el individuo y su dignidad se constituyeran en elementos fundamentales para proteger, sin importar la legislación o régimen que se determine para el ejercicio de esta actividad. En este sentido, los fines esenciales del Estado se consideran como una primera aproximación a la esencia de lo público a lo largo del contenido de la carta. Al respecto, Ramírez (2010) menciona que:

El Interés General como principio fundamental y fundante en la Carta política responde, en su origen, a la dialéctica donde la fuente material es la sociedad, que exige garantizar principios particulares (fundamentales esenciales), como reflejo de un interés social, y a su vez el constituyente derivado, las autoridades administrativas del Estado o el juez

constitucional, reconocen su validez y lo exhorta, como directriz para materializar el Estado Social de Derecho en todas sus actuaciones. (p. 32)

La primacía del interés general se erigió como una primera preocupación del Estado e hizo parte del desarrollo de un modelo de justicia distributiva¹ que fue adoptado por la Carta de 1991. Este es rasgo esencial de lo público. Dicho modelo de justicia siguió presente en lo que concierne a toda la actividad estatal y el ejercicio de las funciones públicas, tal es el caso de los Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SPD). Esto quiere decir que, a pesar de los cambios en la visión sobre su prestación, tanto el ciudadano como la comunidad en general siguen siendo la prioridad en medio de la inclusión de normas de derecho común a esta actividad (prestación de SPD). De esta manera, como lo precisa Carro (2014), el Estado deja de ser necesariamente gestor directo en la prestación y pasa a ser garante de este tipo de servicios esenciales, procurando la calidad y accesibilidad de este tipo de actividades.

A pesar de los cambios incorporados en la visión de esta clase de servicios, el titular de la garantía en la prestación sigue siendo el Estado mismo, obligación que encarna la preocupación por las condiciones de subsistencia de las personas y que se ve materializada a través de políticas y regulaciones que se expresan en beneficio de los usuarios, incluso cuando estos no cumplen con la contraprestación a su cargo (Corte Constitucional, 2010, 5 de agosto, Sentencia T -614).

Con todos los cambios sociales y políticos que se produjeron se hizo necesario expedir una nueva constitución que, atendiendo a corrientes de tipo neoliberal, planteara un nuevo modelo de prestación de los servicios públicos. Este debía responder al reconocimiento de las capacidades, así como a las limitaciones del Estado en el cumplimiento de sus fines con la población. Al respecto, Arias (2012) refirió que

La visión de justicia es un rasgo inherente al desarrollo del Derecho y cada una de las figuras que de él emanan. En el caso del Derecho Público, la visión distributiva implica la búsqueda del bienestar general, sin que eso implique una contraprestación por parte del ciudadano hacia el Estado por el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, al referirse al Derecho Privado, si bien en este también existe en su desarrollo una visión de la justicia, esta se encuentra circunscrita a la contraprestación de un acto por otro, es decir, un modelo esencialmente retributivo (véase al respecto, Calderón, 2011)

Con la expedición de la Carta Política de 1991, el Estado en forma alguna abandonó su papel de sujeto activo y protagonista esencial en el manejo económico, hecho que fue —y sigue siendo— consecuencia de los grandes cambios acaecidos con ocasión de los desequilibrios sociales y económicos que se presentaron a principios del siglo XX. Con lo cual no se pretende afirmar en absoluto que, con anterioridad a dicha época, la estructura pública no intervenía en el manejo de los asuntos económicos, ya que existen distintas manifestaciones de su participación en el decurso histórico. La diferencia frente a épocas remotas pareciere denotarse en la intensidad de la intervención (p. 50).

Al interior de la Constitución, en los artículos 333, 365, 366, 367 y 369 se dictan disposiciones específicas en materia de servicios públicos domiciliarios. En ellos se autoriza la ejecución de esta actividad ya no sólo por parte del Estado (directa o indirectamente) sino también por comunidades organizadas. La particularidad que debe señalarse es que la competencia que se genera no se produce en términos del precio más bajo sino teniendo en cuenta parámetros de calidad y cobertura en la prestación del servicio.

Con esas previsiones se estableció la libre competencia entre entidades públicas y privadas, como lo señalan Sánchez y Usaqué (2012), a fin de permitir el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la prestación efectiva de los servicios públicos para garantizar los derechos fundamentales de la población.

La mezcla de regímenes de derecho en una actividad que es pública es, en esencia, una combinación de visiones filosóficas, principios e instituciones que —en términos del Consejo de Estado— ha resultado ser eficiente. Sin embargo, en la práctica esto ha derivado en serios problemas de aplicación legal y, en consecuencia, en inseguridad jurídica para los diferentes operadores y contratistas. Es por ello que resulta relevante para el trabajo que se desarrolla, abordar de manera puntual las razones que han llevado a decantar la idea de la existencia de un régimen mixto de contratación en el sector de los SPD.

I.II La construcción de un régimen mixto de contratación en el sector de los servicios públicos domiciliarios: una idea decantada en nuestro país.

De acuerdo con la doctrina italiana (Vitta, 1955), la Administración actúa siempre de forma unilateral, lo que en principio conllevó a pensar que la denominación de contratos sólo podría predicarse en el ámbito del derecho privado, más no en el del derecho público. No obstante, como quiera que en la práctica la Administración se ve abocada a celebrar contratos para el cumplimiento de sus fines, con el propósito de regular este tipo de relaciones negociales en el caso de Colombia, el legislador ha expedido estatutos generales de contratación estatal, actualmente contenidos en la Ley 80 de 1993, como lo mencionan Solano (2010) y Benavides (2005), en la cual se dispuso un régimen de contratación aplicable a las entidades estatales de las que trata su artículo 2^o.

Si bien existe una reglamentación para la contratación pública, el legislador, atendiendo a la naturaleza jurídica de algunas entidades así como al objeto contractual de cierto tipo de actividades negociales que ameritan tratamiento legal especial, ha establecido una serie de excepciones a la aplicación del régimen general de contratación, otorgándoles en principio la aplicación de un régimen jurídico de derecho privado. Esto puede entenderse como una huida del derecho administrativo, como lo describen Retortillo (1996) en el derecho español, y en la doctrina colombiana Suárez (2010 a) y Serrano (2015), manifestándose con la aplicación de técnicas, principios y reglas propias del derecho privado en algunas de las actuaciones de la administración pública por parte de las entidades estatales regidas por estos regímenes especiales. Pese a que esto se ha tratado de regular con la

² El artículo 2° *De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta Ley* expresa que 1°. Se denominan entidades estatales: a. La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b. El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos. 2°. Se denominan servidores públicos: a. Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. 3°. 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. *Parágrafo.-* Para los solos efectos de esta Ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

aplicación de los principios de la función administrativa, sigue en debate la dicotomía de sus actuaciones contractuales al comprender normativas de una materia y otra.

Sin embargo, frente a la prerrogativa concedida a algunas entidades estatales, no puede predicarse su total desvinculación del derecho público en tanto que su actividad contractual acoge principios y reglas aplicables al mismo. Si bien se da aplicabilidad a un régimen especial, la entidad continúa siendo estatal, es decir que actúa en pro de la prestación de servicios para el interés general en cumplimiento de los fines del Estado establecidos en la Constitución Política de 1991. Así lo señaló el Consejo de Estado, al indicar que

El régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general —que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República—, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición (Consejo de Estado, 2000, 6 de abril, Sentencia 1263).

Tradicionalmente, se había entendido el servicio público como “una actividad de interés general que la administración ha de asumir” (Rivero, 2006) o, de acuerdo con la doctrina nacional, como “toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general” (Rodríguez, 2017, p. 384). De este modo, este concepto desarrolla los postulados contenidos en la Constitución Política, que no pueden ser otros que la búsqueda constante del bienestar de la comunidad. Además de las normas constitucionales (artículos 365 a 370) que se fundamentan en la liberalización del sector económico, existen otras leyes en las cuales están previstos los regímenes especiales de contratación. Tal es el caso de las leyes 142 y 143 de 1994, y las posteriores que las modifican y adicionan. En ellas se indica que en este sector no se aplican, como regla general, las disposiciones generales de la Administración Pública, como lo reseña Cuervo (2005).

La especialidad del régimen de los servicios públicos señalada en las diferentes disposiciones normativas busca unificar, en lo posible, el régimen aplicable a todos los

prestadores, otorgándoles las mismas prerrogativas y controles del derecho público. En materia de actos y contratos, en las Empresas de Servicios Públicos —en adelante ESP— se aplica el derecho privado, es decir que no se haga uso de actos administrativos ni se aplique el Estatuto General de la Contratación Pública, salvo en los casos en los que legalmente se indique, como lo menciona Palacio (2006).

Desde el punto de vista económico y legal, el desarrollo de la actividad empresarial se ejecuta por excelencia por medio de los contratos, siendo estos las piezas esenciales dentro del engranaje empresarial ya que tienen por finalidad facilitar las relaciones en las que diferentes sujetos requieren satisfacer sus necesidades de bienes, servicios o trabajo para el cumplimiento del objeto social.

De la misma manera, en el ámbito del derecho público, la contratación y demás actos negociales se desarrollan con miras a satisfacer los objetivos de la función pública y, en consecuencia, el logro de los fines estatales.

Al trasladar ello al estudio de las ESP domiciliarios, como lo evidencia Atehortúa (2009), en desarrollo de los mandatos constitucionales la Ley 142 de 1994 introdujo las reglas de derecho que habrían de seguirse para los procesos de contratación en este sector, incluyendo a entidades de derecho privado bajo el principio de la libre competencia.

El ingreso de los particulares tiene ciertas implicaciones que hacen inviable concebir la prestación de estos servicios de la misma forma a como se venía haciendo antes de la Constitución de 1991, bajo un régimen exclusivo de derecho público. El marco de acción de los particulares y la apuesta de otros principios como la libertad de empresa y de competencia llevó a la necesidad de un cambio estructural en la visión sobre la contratación. Al respecto, Cardona, Gaviria, Piedrahíta y Salazar (2004) señalaron:

Hoy día se asiste a una gran transformación en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en cuanto a los operadores o prestadores. Mientras que anteriormente sólo el Estado prestaba directamente estos servicios, ahora y a partir de la Constitución del 91 dicha prestación es encomendada igualmente a los particulares, situación que incide

considerablemente en los aspectos jurídico, económico y político. Esta transformación conlleva a que, al referir a lo público, esto no implique exclusivamente lo estatal, pues lo Público puede o no ser estatal. Esto significa que, por una parte, hoy se tenga que hablar de lo Público estatal cuando sea el mismo Estado el que gestione y garantice la prestación de los servicios públicos; por otro lado, a lo Público no estatal se hace referencia cuando la gestión y garantía del servicio corra a cargo de los particulares (p. 99).

Por ello, la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994 buscaron darle un giro a los principios y a la forma como se venían prestando los servicios públicos domiciliarios, de manera que la nueva visión tiene por objeto transformar los esquemas y lograr unos fines específicos. Tabarquino (2011) señala como objetivos específicos de los servicios públicos domiciliarios “generar e implementar eficiencia para obtener una mayor viabilidad económica de las empresas, así como también la consecución de niveles más elevados de bienestar social, los cuales son reflejados en la cobertura y calidad del SPD” y como principios normativos que rigen la Ley 142 de 1994, “la eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera, simplicidad, transparencia e integridad” (p. 11).

En desarrollo de los artículos 365, 367 y 369 de la Constitución Política de 1991 se expidió la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios adoptando un régimen jurídico especial de carácter mixto, integrado por reglas de derecho privado y, excepcionalmente, por reglas de derecho público (Mendoza, 1998, p 44). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que constituyen aspectos jurídicos diferentes e independientes, pues la naturaleza jurídica de las ESP domiciliarios y el régimen jurídico es aplicable a las mismas.

En relación con el carácter especial del régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos, la Corte Constitucional de Colombia (2007, 19 de septiembre, Sentencia C-736) señaló que, teniendo en cuenta que la prestación de este tipo de servicios conlleva al cumplimiento de fines sociales, se requiere de una regulación especial por parte del legislador; precisó:

El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos.

De ahí que se haya establecido un régimen contractual que por regla general es privado y que excepcionalmente —solo en los casos previstos por la Ley 142 de 1994— puede dar aplicación a normas de derecho público. Pese a que en principio se definió como un régimen privado, la jurisprudencia ha desarrollado el criterio de un régimen mixto teniendo en cuenta que concurren normas tanto del derecho privado como del derecho público, tal como lo señala el Consejo de Estado (2012, 1º de marzo, Sentencia 17907).

Los contratos que celebran las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, sus normas complementarias, lo preceptuado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil, en los aspectos no regulados por la Ley 142. En relación con los contratos de obra que celebren las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que estos no fueron objeto de regulación especial en la Ley 142 de 1994, debe entenderse que se rigen por las normas de los Códigos civil y de comercio. Por lo tanto, no están sujetos a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993, art. 32).

El fundamento del régimen mixto señalado para este tipo de entidades consiste básicamente en la remisión a normas de carácter público y la aplicación de reglas procedimentales propias del derecho público, siendo evidente la aplicación de principios contenidos en la Constitución Política, la Ley 80 de 1993 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los referidos principios son pilares esenciales del marco privado en las reglas contractuales y, además de pretender garantizar procesos objetivos en la contratación, buscan lograr parámetros de eficiencia, eficacia y celeridad para el cumplimiento de los objetivos de la entidad. Son precisamente las dinámicas propias de ellos lo que justifica establecer al derecho público como excepción en el ejercicio

de los actos a ejecutar por parte de las ESP domiciliarios, tal y como lo desarrolla Marín (2010, pp. 346-347).

Así mismo, el régimen contractual deja de ser netamente privado para considerarse mixto cuando se aplican las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993. Estas, a su vez, son la manifestación del poder unilateral de la Administración Pública, entre otras múltiples manifestaciones que se presentan dentro del proceso contractual y que dan cuenta de la participación del derecho público en el mismo. A este respecto, como lo plantea Palacio (2004), merece tenerse presente que “la unilateralidad y la exorbitancia no son términos sinónimos. Todo lo exorbitante es unilateral pero no todo lo unilateral es exorbitante” (p. 103).

El fundamento legal del régimen contractual mixto de las entidades prestadoras de servicios está precisado inicialmente en la Ley 142 de 1994, al señalar que tanto el régimen contractual como los contratos que celebren estas entidades tienen el carácter de privado con aplicación excepcional de normas de derecho público. En este sentido, la Corte Constitucional señaló que el contrato de servicios públicos es de naturaleza mixta, es decir, de derecho público y de derecho privado, al precisar:

La relación jurídica del contrato no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establece el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, o a impedir que las ESP abusen de su posición dominante (1996, 13 de junio, Sentencia C-263).

De esta manera, la Corte reconoce la existencia de un régimen mixto influenciado por el derecho público y el cumplimiento de los fines esenciales. Por su parte, el Consejo de Estado (1997, 23 de septiembre, Sentencia 701) manifestó, en igual medida, la naturaleza mixta del régimen contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos, dándole

mayor predominio al derecho público y teniendo en cuenta que la gestión adelantada por este tipo de entidades es una colaboración en la gestión estatal.

Finalmente, en cuanto al desarrollo jurisprudencial y legal presentado, la existencia de un régimen de contratación mixto es un precepto decantado por la doctrina en nuestro país (Atehortúa, 2010; Serrano, 2016), en donde la concurrencia tanto de reglas de derecho privado como de principios y normas de derecho público rigen el actuar de las ESP domiciliarios.

Por ello, con el propósito de arribar al estudio de las situaciones que ameritan un análisis más detallado se mencionarán los casos sobre los cuales la aplicación del derecho administrativo resulta completamente pacífica, por encontrar precisamente un respaldo claro desde el punto de vista legal.

II. La presencia del derecho administrativo en las relaciones negociales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Si bien se presentan situaciones jurídicas frente a las cuales aún persisten vacíos sobre la aplicación de un régimen de contratación, existen casos de la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos (ya sea de naturaleza oficial, mixta o privada) en donde no hay cabida para la discusión sobre la aplicabilidad del derecho administrativo, pues los mismos ya han sido decantados.

La Ley 142 de 1994 ha establecido diferencias entre las empresas (de tipo oficial, mixto o privado) prestadoras de los servicios públicos. En cuanto a la empresa de servicios públicos, su capital es ciento por ciento (100%) estatal; en la empresa mixta dicho capital es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), como se aprecia en la línea jurisprudencial propuesta por Prada (2012, p. 82); mientras que para el caso de la privada se establece un capital mayoritariamente particular (Ley 142, 1994, artículo 14)³.

³En la Ley 142 de 1994, específicamente el artículo 14 (14.5), se asume la empresa de servicios públicos oficial como aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el ciento por ciento (100%) de los aportes. 14.6. La empresa de servicios públicos mixta es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%). 14.7. La empresa de servicios públicos

Si bien se ha venido señalando que, por regla general, es el derecho privado el que rige el régimen contractual en materia de SPD, existen excepciones a la aplicación exclusiva del derecho privado, de modo que la jurisprudencia se ha encargado de delimitar los actos negociales que, en sentir del legislador, reportan la relevancia suficiente para ser revestidos en algunos aspectos del derecho administrativo. De hecho, para algunos negocios especiales propios de la interacción en el sector, se requiere aplicar una modalidad de selección previa en el Estatuto General de Contratación mientras que, en otros casos, cuando obedezcan al cumplimiento de funciones administrativas, serán totalmente gobernados por el derecho público, tema que viene siendo claramente decantado por la doctrina colombiana como se puede apreciar en el texto de Cárdenas (2003).

En la regulación dispuesta en el régimen de los servicios públicos domiciliarios en materia de contratación, se observa que existen diferentes circunstancias en las que el legislador prevé la incidencia del derecho administrativo en las actividades negociales del sector.

Existen actuaciones que no se analizarán en detalle en este trabajo por no corresponder a actos jurídicos propios de las ESP. Tal es el caso de los que corresponden a las entidades territoriales y demás autoridades a las que, por expresa disposición de la Ley 142 de 1994, les corresponde la aplicación del régimen del derecho administrativo, verbigracia los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medioambiente (acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones o concesión de aguas), estos deben regirse por la Ley 80 de 1993, de conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994. También deben mencionarse los contratos de las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos a que hace referencia el actual parágrafo del artículo 31, lo mismo con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, para la asunción de aquellas de la prestación de servicios públicos o para la sustitución de otra que se encuentra en causal de disolución o liquidación

privada es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

que se regirán por la Ley 80 de 1993 y deberán hacerse por licitación pública. Esto aplica también en los contratos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo del artículo 40 o aquellos contratos de servicios públicos de condiciones uniformes reguladas en los artículos 128 y siguientes de la citada ley.

En este sentido se encuentran casos en los que intervienen las ESP domiciliarios sin importar su naturaleza, en los que la misma Ley 142 de 1994 se encarga de someterlas expresamente a la aplicación del derecho administrativo. Esto ocurre con el Contrato de Condiciones Uniformes (CCU) para la prestación del servicio público, con la utilización de cláusulas excepcionales y en los contratos de las ESP con posición dominante en un mercado, cuyo objeto es la adquisición de un bien o servicio de que trata el artículo 35. En estos documentos las Comisiones de Regulación ordenan la celebración de contratos previa realización de licitación pública para la selección del contratista.

Finalmente, centrando el estudio en las empresas oficiales, es necesario abordar en este acápite el impacto de obligación para estas entidades que surge a partir de la Ley 1150 de 2007, a propósito de la aplicación de los principios que rigen tanto la función administrativa como la gestión fiscal.

II.I. El ejercicio de la función administrativa y los actos jurídicos unilaterales en desarrollo del contrato de condiciones uniformes

En materia de servicios públicos domiciliarios, la naturaleza de la relación jurídica que existe entre la empresa de servicios públicos y los usuarios que requieren de los mismos es de tipo contractual y estatutario pues, como lo afirma Pulido (2013, p. 136), esta se encuentra sometida a régimen jurídico de derecho público. Esto en el entendido de que es reglamentaria al tratarse del derecho a la prestación del servicio contenido en la Constitución

Política, y contractual de acuerdo con las condiciones que pacta la empresa con los usuarios (Corte Constitucional, 2006, 8 de febrero, Sentencia C-075).

Dichas circunstancias se pactan en el contrato de condiciones uniformes, el cual ha sido definido por la ley como “un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados” (Ley 142, 1994, artículo 128).

Este contrato no se encuentra sometido a ningún tipo de solemnidad, por lo que para su perfeccionamiento se gesta por consentimiento de las partes como regla general. Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa (Ley 142, 1994, artículo 129).

Atendiendo a las características de este tipo de contratos, dentro de las mismas condiciones se reconocen el ser de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión. Esta última en el entendido de que las cláusulas del contrato son establecidas previamente por la empresa de servicios públicos sin entrar a deliberar con los usuarios (Corte Constitucional, 2000, 6 de septiembre, Sentencia C-1162).

De acuerdo con Durango (2005, p. 113), la autonomía se constituye en otra característica fundamental de este contrato dado que no necesita de otro para predicar su existencia, pues es independiente. A su vez, dice que no es relevante ni incide el hecho de que el inmueble sobre el que se presta el servicio se encuentre en arriendo o tenga algún gravamen hipotecario.

En esta medida, si bien el régimen aplicable a la contratación por parte de ESP es eminentemente privado, se deja entrever la aplicabilidad de la regulación del derecho

público. En el caso del contrato de condiciones uniformes, se pretende prestar un servicio a los usuarios, desarrollando así cometidos estatales (Silva, 1995).

Es por ello que, en el desarrollo y la ejecución del contrato de servicios públicos, por parte de las ESP domiciliarios se emiten actos jurídicos que, dada su connotación inherente a las finalidades públicas plasmadas por el constituyente, no justifican el desconocimiento de la función administrativa, como lo describe Montaña (2005, pp. 233-224). Por tal motivo, el legislador reconoce la naturaleza de verdaderos actos administrativos, susceptibles de recursos y sometidos al derecho público, como ocurre con los (i) actos de negativa del servicio, (ii) actos que ordenan la suspensión del servicio, (iii) actos que ordenan la terminación del contrato, y los (iv) actos que deciden el corte o la facturación. (Consejo de Estado, 1997; Ley 142 de 1994, artículos 140, 141 y 154).

II.II Las cláusulas excepcionales y los contratos exceptuados del régimen de contratación estatal

Atendiendo a lo señalado con anterioridad, si bien el legislador expidió la Ley 80 de 1993 como Estatuto General de la Contratación Pública para regular la materia contractual de las entidades públicas relacionadas en su artículo 2°, estableció también la aplicación del régimen privado para algunas entidades de acuerdo con la naturaleza de su objeto y, a la tipología de los contratos a celebrar, como se desprende del inciso primero del artículo 40 (Ibagón, 2014, pp. 229-230).

Sin embargo, aunque se haya establecido un régimen especial para algunas entidades del Estado, las mismas deben desarrollar su actividad contractual sometidas a los principios de la función administrativa contenidos en la Constitución Política (artículos 209 y 267) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 3°), según lo señala la Ley 1150 de 2007 (art. 13).

En concordancia, la Ley 80 de 1993 ha establecido la aplicación de las cláusulas excepcionales, lo que ha sido definido por el Consejo de Estado:

En primer término, dispuso aquellos tipos de contratos en los cuales se entienden pactadas las diversas cláusulas excepcionales consagradas en la ley, esto es, aquellos en los cuales no se requiere de estipulación expresa para definir su existencia y ejercicio frente a la relación contractual. Así, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, estas cláusulas pueden considerarse de la naturaleza del contrato pues, aun cuando no las contenga formalmente, se entienden pertenecerle... En segundo lugar, el artículo 14 regula aquellos contratos en los cuales la estipulación de la cláusula exorbitante resulta facultativa para las partes dado que no está obligada su inclusión en la relación negocial, pero los contratantes, si a bien lo tienen, las pueden pactar. Este tipo de cláusulas son denominadas en la norma civil (artículo 1501 del C.C.) como accidentales, pues a pesar de que no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato, de forma expresa podrán estipularse ... Un tercer grupo que contempla la norma lo constituye un grupo de tipos contractuales en los cuales está prohibida expresamente la inclusión de cláusulas excepcionales, por tanto, sumado a que la ley no obliga a su estipulación, las partes en ejercicio de su voluntad, tampoco podrán pactarlas.

En esa medida, dichas cláusulas son prerrogativas de la Administración Pública dentro de la relación jurídica contractual, concebidas como poderes de la administración, como lo plantea Güecha (2006), en busca de salvaguardar el interés público así como de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. Aun así, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se trate de contratos regidos por el derecho privado, no podrá hacerse inclusión de las cláusulas excepcionales.

No obstante, de manera seguida el Consejo de Estado señaló que debía realizarse una interpretación que permitiera dar aplicación a las normas contenidas en el estatuto de la contratación pública, habida cuenta de que el legislador estableció un régimen mixto, conteniendo normas de derecho público y derecho privado.

El artículo 31, inciso 2º (Ley 142, 1994), señala que 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, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los

que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En ese entendido, se vislumbra la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los diferentes contratos que celebren las ESP domiciliarios, existiendo intervención de las Comisiones de Regulación ya sea por la forzosa inclusión que esta agencia determine o cuando se solicite voluntariamente la autorización por parte del prestador. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional (1997, 11 de febrero, Sentencia C-066), dichas empresas deben dar cumplimiento a los fines estatales, más aún cuando se presencia su amenaza.

Si bien las ESP se rigen por el derecho privado, el mismo régimen especial del sector de SPD faculta el uso de cláusulas exorbitantes, así: (1) en primer lugar, cuando interviene la Comisión de Regulación ya sea forzando su incorporación o autorizándola por solicitud voluntaria del prestador; 2) en segundo lugar, la misma Ley 142 de 1994 remite al Estatuto General de Contratación cierto tipo de actos negociales (como ocurre con los contratos de concesión y otros de los ya nombrados), casos en los cuales siempre predominará el régimen del derecho público.

El mayor desarrollo de la regulación frente a la facultad de establecer el tipo de relaciones negociales que deben incluir los prestadores se evidencia en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo. A propósito de ello, la Comisión de Regulación (CRA) ha establecido en distintas resoluciones, a partir del año 2000 (Resolución 136 de 2000 y 151 de 2001)⁴, los contratos en los cuales necesariamente se requiere de la inclusión de dichas cláusulas excepcionales al derecho común. Así, mediante la Resolución 293 (2004, artículo 1º), se dispuso que todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable

⁴ El Honorable Consejo de Estado en Sentencia del 05 de marzo del año 2008 (rad 11001-03-26-000-2001-0029-01) se pronunció frente a la legalidad de los supuestos contenidos en la regulación relativos a la exigencia de las cláusulas exorbitantes para determinados contratos, encontrándolos ajustados al ordenamiento jurídico. Lo mismo cabe predicar de lo dispuesto por el artículo 1.3.3.1., en el cual la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico estableció los contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales, facultad que expresamente le fue otorgada, como ya se advirtió, por el inciso 2º del artículo 31 de la Ley de marras, y del artículo 1.3.3.3 en el cual se reitera que la Comisión autorizará la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos, distintos de aquellos en los que tal inclusión es obligatoria, siempre y cuando se advierta que el incumplimiento del objeto del contrato puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración de los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley.

y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere la Resolución 151 de 2001, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los contratos previstos en los literales a, b, c y d del artículo primero de la Resolución 293:

a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994;

b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos. Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio. c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas. d) En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

Parágrafo. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa

De esta manera, la Ley 142 de 1994 en su cuerpo normativo señala la necesidad de que, en determinados casos, los prestadores, independientemente de su naturaleza, expidan actos de carácter unilateral, en el marco de sus relaciones negociales. Estas deben ser asumidas como actos administrativos mediante los cuales se impone la voluntad de la entidad contratante para interpretar, modificar o declarar la caducidad del contrato, como lo plantea Mármol (2013).

Así, el mismo régimen especial del sector se encarga de delimitar las circunstancias en las que se hace posible la expedición de actos administrativos unilaterales, como materialización de facultades exorbitantes previamente otorgadas por el mismo legislador y

justificadas en la garantía de cumplimiento de los cometidos estatales. De ahí resulta una de las excepciones autorizadas para el rompimiento de las cargas negociales que se encuentran amparadas por el principio de la autonomía de la voluntad, en un régimen relacionado con el derecho privado, circunstancia que servirá como un valioso insumo a la hora de analizar la facultad de las ESP oficiales en materia de expedición de actos unilaterales.

La aplicación del régimen de derecho administrativo en los contratos del sector de los servicios públicos domiciliarios ha sido de tal entidad que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 104, num. 3º) ha utilizado este factor para asumir, por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la competencia de las controversias contractuales en las que se hubiesen pactado o debiesen pactarse, tal como será objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo.

II.III La licitación como exigencia de las comisiones de regulación para la selección de contratistas.

De conformidad con la Constitución Política de 1991, en el artículo 334 se establece que el Estado debe garantizar el acceso de los servicios públicos. De manera seguida, en el artículo 365 se establece la obligatoriedad del Estado de prestar los servicios públicos de manera eficiente a todos los habitantes del territorio, señalando además que los servicios públicos se regirán por el régimen jurídico que la ley les otorgue y que los mismos pueden ser prestados por el Estado, comunidades organizadas o particulares.

En virtud de lo anterior, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 y en esta se estableció un régimen jurídico de derecho privado para los actos y contratos celebrados por las ESP domiciliarios. Aun así, la misma ley otorgó la posibilidad de aplicar excepciones a la aplicación de este régimen, creando las Comisiones de Regulación a las que dotó de competencias, verbigracia, la de contratación de estas empresas.

En esa medida, aunque por regla general se establece que sus actos contractuales se regirán por lo establecido en el derecho privado, se presentan algunas excepciones como la

establecida en el artículo 35 de la Ley 142 (1994). En este se dispone la modalidad de licitación pública para las ESP que tengan posición dominante en un mercado, entendida esta, según el artículo 14.13, como la que tiene una empresa de servicios públicos respecto de sus usuarios, respecto del mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de este, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

De esta manera, el artículo 35 enseña que 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.

Se denota así la competencia de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios creadas por la Ley 142 de 1994 en sus artículos 31, 32 y 35. En esta no solo se otorgan competencias en materia contractual sino también la delegación de la fijación de las políticas generales atribuidas al Presidente de la República en el artículo 370 de la Constitución Política, de acuerdo con el Decreto 1524 de 1994.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, dotada de aquellas facultades, expidió la Resolución N° 151 de 2001 en la cual estableció cuáles contratos debían celebrarse por licitación pública de conformidad con el artículo 1.3.2.2., así como aquellos donde debería garantizarse la concurrencia de oferentes, según lo dispuesto en el artículo 1.3.5.1. Esto evidencia la competencia de estas instituciones para someter estos contratos y otros que ellas consideren pertinentes para los procedimientos previstos en la Ley 80 de 1993 (Castro, 2010, pp. 69-70).

Aunado lo anterior, a la facultad otorgada por el inciso 2° del artículo 31 (Ley 142, 1994) se autoriza la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las ESP domiciliarios. Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 1.3.3.1. de la Resolución

151 de 2001, donde se señala que “todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales”.

Así, con la aplicación de la modalidad de licitación pública en la prestación de servicios públicos, se busca garantizar los principios de transparencia y libre concurrencia, como lo indican los artículos precedentes de la Ley 142 de 1994, el artículo 42 de la Ley 143 de 1994 y disposiciones como la Resolución 9 de 1994 (artículos 6º y 7º) emitida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.⁵

En los casos en los cuales por disposición de la Ley 142 de 1994, en especial el artículo 35, se ordena acudir a la modalidad de licitación pública, es forzoso concluir que los actos expedidos en desarrollo a esta se encuentran sometidos al procedimiento reglado por el Estatuto General de Contratación Pública que se consagra en la Ley 80 de 1993, en todas sus etapas, requisitos y rigorismo, conforme lo sostiene el tratadista Güecha (2007, pp. 181-182). Esto obedece a que es una expresión de la función administrativa dentro del ámbito del derecho administrativo y competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el mismo sentido dado por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

⁵Artículo 6º. Obligaciones de comprar energía en las mejores condiciones objetivas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 143 de 1994 y en los artículos 35, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, los comercializadores en el mercado regulado y las empresas distribuidoras, deben comprar energía mediante procedimientos que aseguren condiciones transparentes y de libre concurrencia. En consecuencia, para la celebración de los contratos de energía de que trata el artículo anterior, cualquiera sea su modalidad, las empresas deberán utilizar mecanismos que estimulen la competencia de oferentes. Para ello, deberán solicitar y dar oportunidad en igualdad de condiciones, para que las empresas generadoras actuales y otros agentes económicos interesados en desarrollar proyectos de generación, presenten propuestas de suministro de energía, las cuales serán evaluadas con base en factores de precio y otras condiciones técnicas objetivas que serán definidas previamente a la iniciación de los trámites de contratación. Para estimular la competencia, los esquemas de solicitud utilizados para atender la demanda de cada empresa deben permitir la oferta de suministros parciales de energía por distintos generadores.

Artículo 7º. Contratos de energía eléctrica en empresas con negocios integrados. Las empresas que a la fecha de vigencia de esta resolución presten en forma combinada las actividades de generación y distribución deberán igualmente utilizar mecanismos que estimulen condiciones objetivas de concurrencia para garantizar la atención de la demanda del mercado cubierto por su negocio de distribución, de acuerdo con los porcentajes indicados en el artículo 5º. El rechazo de las propuestas presentadas no puede fundarse en razones que permitan proteger una generación ineficiente.

Tales empresas podrán asegurar el suministro parcial o total de la demanda de su mercado por medio de su capacidad propia de generación, siempre y cuando establezcan de forma explícita y demostrable, mediante registros contables entre los dos negocios, un precio igual o inferior al precio más bajo evaluado, para condiciones similares de suministro en las propuestas de suministro recibidas pero no aceptadas. Además, en virtud del principio de no discriminación, el negocio de la empresa no podrá dar un trato preferencial a su negocio de distribución en contra de otras empresas, vendiendo este a un precio más favorable que los demás, en condiciones similares de suministro. Si esta conducta contraria a la competencia se plantea ante la Comisión por el cliente o empresa que se considera discriminado, la Comisión pondrá en conocimiento de la Superintendencia los hechos para que, previo el trámite correspondiente, esta imponga las sanciones previstas en la ley.

II.IV Inclusión de las ESP oficiales en la estructura del Estado, sujeción de éstas a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y sus efectos en la expedición de los actos contractuales.

Como se ha visto, existen situaciones jurídicas respecto de las cuales se ha dilucidado la presencia del derecho administrativo en las decisiones unilaterales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sin importar su naturaleza jurídica. En este mismo sentido se centra el análisis en las ESP domiciliarios oficiales en procura de la construcción de un concepto certero frente a la real identidad jurídica de los actos contractuales expedidos por este tipo de entidades. De ahí que resulte pertinente tener como criterio objeto de análisis el impacto que reporta, en la producción de sus actos contractuales, el hecho de que dichas entidades estén expresamente integradas en la estructura del Estado por disposición de la Ley 489 de 1998, así como los efectos procedentes de someter sus actuaciones a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal (Domínguez e Higuita, 2002), atendiendo a lo preceptuado por la Ley 1150 de 2007.

La Ley 489 (1998) se expidió con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública (art. 1º). De tal modo, su cumplimiento está dirigido a todos los organismos o servidores que sean titulares y ejerzan funciones administrativas, prestación de servicios públicos o suministro de obras y bienes públicos, tal como lo indica en su artículo segundo:

La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas (Ley 489, 1998)

El artículo 38 de la Ley 489 señala que son parte de la Rama Ejecutiva del poder público de orden nacional, dentro de las entidades del sector descentralizado por servicios, las Empresas Sociales del Estado y las Empresas Oficiales de Servicios Públicos

Domiciliarios. Posteriormente, indica que dichas entidades, al hacer parte de la Rama Ejecutiva, conforman la Administración Pública que, de manera permanente, tiene a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano (art. 39).

La ley que regula integralmente la estructura del Estado reconoce a las empresas prestadoras como entidades descentralizadas. Sobre la descentralización funcional o por servicios, la Corte Constitucional (2001) indicó que esta consiste en la asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades, que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Ahora bien, frente a la aplicación de los principios debe observarse el contenido del artículo 3° de la Ley 489 (1998), según el cual 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.

Frente a la aplicación de los principios a la actividad contractual, la Ley 1150 de 2017 que implementó disposiciones para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, desarrolla en su articulado algunas ideas para las entidades que no estén sometidas al Estatuto General de la Contratación. Al ser una de estas las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se tiene la obligación de acoger los principios de la función administrativa señalados por la Constitución Política de 1991 que aluden a la moralidad, la economía, la eficacia, entre otros que deben ser reconocidos y aplicados por los regímenes especiales (Herrera, 2004).

Aclarado ello, las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política según sea el caso. También estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Ley 1150, 2007, artículo 13). Sobre esto, Santofimio (2009) reconoce una irrefutable realidad que se materializa en la intención de la política pública sobre contratación del Estado fijada en el documento CONPES 3249 del 20 de octubre de 2003.

Un sector de la doctrina ha considerado que la aplicación de los principios no se debe circunscribir a los que expresamente señala el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sino que las entidades Estales exceptuadas del Régimen de Contratación Estatal deben aplicar las demás reglas establecidas en el plexo constitucional, siempre que propendan por la adecuada gestión de los recursos públicos (Suárez, 2010 b).

También se ha precisado la imposibilidad de arribar a la conclusión relativa de que las entidades regidas por un régimen de contratación especial deban aplicar, de manera estricta, la totalidad de los principios atinentes a la contratación. Esto incluye lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación, por cuanto su ámbito de aplicación se encuentra supeditado a las entidades sometidas a dicho estatuto. En este sentido, a las entidades que se encuentran exceptuadas les corresponde, al momento de elaborar sus manuales de contratación, establecer los mecanismos mediante los cuales corresponde aplicar los principios a los que hace referencia el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 (Sandoval, 2009).

El carácter descentralizado que se le otorga a estas entidades y la aplicación de los principios que cobijan este tipo de entidades ha contribuido, en gran medida, al conflicto que se genera al procurar determinar la calidad de las actuaciones que se desarrollan en el marco del proceso contractual de las ESP oficiales. Esto acontece en la medida en que esta investidura de entidad pública termina, como ya se observó, permeando los actos de los prestadores estatales para —posiblemente— terminar identificándolos como actos administrativos, a pesar de estar cobijados por el régimen de derecho privado.

Pese a las dificultades que en la práctica ha generado la inclusión de las ESP oficiales como integrantes de la estructura del Estado, el legislador supo trazar una línea de coordinación con el régimen especial de servicios públicos domiciliarios. Esto se logró al señalar en el artículo 84 de la misma Ley 489 (1998) lo siguiente:

Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que la complementen, sustituyan o adicionen.

Según lo dispuesto por el artículo anteriormente citado, a las entidades prestadoras de servicios oficiales les corresponde aplicar los preceptos de la Ley 489, exclusivamente cuando la situación objeto de análisis no sea regulada por la Ley 142. Lo expuesto supone una aplicación estrictamente supletiva de la ley que regula el ejercicio de la función administrativa, de manera que tanto el régimen de actos como de contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios encuentran reglamentación expresa en los artículos 30, 31 y 32. No se desconocen las normas que se encargan de delimitar los principios que se deben respetar en desarrollo de la actividad contractual, así como remitir por regla general la regulación de estas actividades al régimen sustantivo de derecho privado y, en algunas situaciones que ya fueron mencionadas, la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal.

Se entiende entonces que la aplicación de la Ley 489 en la actividad contractual de la ESP oficiales se encuentra limitada debido a la precisa regulación que al respecto contiene el Régimen Especial de Servicios Públicos Domiciliarios. No obstante, resulta imposible afirmar categóricamente que la actividad contractual resulta totalmente desligada de la producción de actos en materia de las relaciones negociales de los prestadores oficiales dado que en el desarrollo de esta actividad se hallan decisiones que, en razón a la misma naturaleza de la entidad que las profiere, forzarán la aplicación residual del régimen de administración pública. Esto se gesta al no encontrar una reglamentación al respecto en el régimen especial o el sustantivo de derecho común, tal y como será objeto de análisis en el segundo artículo de este documento cuando se analice la categorización de los actos.

En cuanto a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, por mandato constitucional y disposición expresa en la Ley 1150 de 2007, su aplicación en la actividad contractual de las ESP estatales es principal y no supletiva. Ello puede traer consigo serias inquietudes en cuanto a su materialización, dificultades que en ningún caso logran justificar el ropaje de actos administrativos para el cumplimiento de dicha exigencia. Así mismo, es indispensable para las relaciones jurídico-negociales evidenciar la forma como, manteniendo su esencia de actos negociales, pueden tamizar su actuación bajo el amparo de los principios ya mencionados, como lo sostiene algún sector de la doctrina mediante las reglas fijadas en sus manuales de contratación (Tafur, 1996).

III. Criterios de interpretación acerca de la naturaleza jurídica de los actos expedidos en el marco de las relaciones negociales de las empresas de servicios públicos oficiales. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de las disposiciones legales vigentes.

La actividad contractual de las ESP se ha venido desarrollando con reglas de carácter especial, en mayor medida teniendo en cuenta que este tipo de empresas buscan, de una parte, satisfacer la atención de las necesidades básicas de la comunidad, de otra parte, la competencia de las empresas del sector en similares condiciones para operar con oportunidad y eficiencia.

Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales se encuentran amparadas, como ya se ha estudiado, por la aplicación de un régimen de contratación que, por regla general, es de carácter privado y, excepcionalmente, de carácter público, de conformidad con lo planteado en la Ley 142 de 1994, especialmente en su artículo 31 modificado por el artículo 3 de Ley 689 de 2001. De tal suerte, diferentes preceptos normativos han permitido que la actividad contractual se desarrolle bajo normas de derecho privado pero sujetos a normas de derecho administrativo (cláusulas exorbitantes, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc.), así como a los principios de la contratación propios del derecho público, del Estatuto General de la Contratación y de la Constitución Política de

1991, tal como se señala en los artículos 209 y 267 (Gómez, 2010, p. 27). Sobre este aspecto y, particularmente, los denominados “contratos especiales” contenidos en la Ley 142 de 1994, el Consejo de Estado ha considerado que, “Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la Ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado” (Consejo de Estado, 2008, 19 de junio, Sentencia 19001-23-31(AP)).

La actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos se ha venido desarrollando bajo una mezcla de criterios legales y jurisprudenciales que han involucrado el derecho público y el derecho privado, con una fuerte presencia del primero. Por tal razón, en el presente acápite se pretende revisar, en primera instancia, los diferentes criterios asumidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la naturaleza jurídica de los actos expedidos por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en el marco de su actividad contractual, haciendo énfasis en las empresas oficiales que son el objeto de investigación en este trabajo.

En el mismo camino de identificar los diferentes criterios jurídicos que resultan relevantes para arribar a una conclusión sólida frente a la naturaleza jurídica de los actos contractuales expedidos por las ESP oficiales, resulta indispensable analizar las disposiciones legales que además del régimen especial de servicios públicos dispuesto por el legislador terminan impregnando de derecho administrativo las relaciones negociales de este tipo de prestadores por su naturaleza eminentemente pública. De hecho, la Ley 489 de 1998 expresamente incluye dentro de la estructura del Estado este tipo de entidades; además, la Ley 1150 de 2007 incorporó la aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal en la actividad contractual de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Estatal.

III.I El ejercicio de función administrativa como fundamento de la expedición de actos contractuales.

Sin lugar a dudas, en el esfuerzo de realizar una clasificación de los diferentes criterios a tener en cuenta al momento de descubrir la identidad jurídica de los actos contractuales expedidos por las ESP oficiales, aparece como concepto de especial relevancia el de la función administrativa, especialmente, si se tiene en cuenta que alrededor de este se ha venido edificando la construcción de la definición del derecho administrativo moderno desde una óptica funcional y material, bajo el entendido de tener como superado el criterio subjetivo y orgánico que sirvió en su momento para justificar el objeto del derecho administrativo como el derecho de la Administración Pública (Montaña, 2010, p. 129-130).

Como se ha venido señalando a lo largo de este documento, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal, al igual que las mixtas y privadas, prestan servicios de gran importancia para la consecución de los fines estatales y la garantía de los derechos humanos. Ello le ha permitido a algún sector de la doctrina inferir que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 365 del plexo constitucional, por tratarse la prestación servicios públicos de un fin inherente a la función social del Estado, debe entenderse que la materialización de dicha actividad corresponde al ejercicio pleno de una función administrativa (Bastidas, 2014, p.61), argumento que también ha venido siendo utilizado en algunos casos por la jurisprudencia incluso para develar la naturaleza las decisiones emanadas por los prestadores oficiales.

De acuerdo con Castaño y Montaña (2010), la actividad de servicio público es función administrativa, más aún

Cuando por medio del suministro o abastecimiento de una serie de bienes y servicios la administración pública o los particulares persiguen asegurar un conglomerado de prestaciones vitales dirigidas a materializar la procura existencial de la población como fin inherente de nuestro Estado Social de Derecho (p. 43).

Como un precedente relevante en la justificación del criterio que se viene analizando, el Consejo de Estado (2015) planteó en la Sentencia n.º 40789 del 6 de julio que

Los supuestos anteriores llevan a preguntarse si las ESP sólo producen decisiones con

carácter de actos administrativos por virtud del desempeño de funciones administrativas. La respuesta es afirmativa, pero no la única, comprendiendo que actúan u operan como colaboradores, teniendo en cuenta en especial el artículo 210 de la Carta Política según el cual, en su inciso 2º, los particulares pueden colaborar en el desarrollo de funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley. La colaboración de los particulares para el ejercicio de funciones administrativas implica el desarrollo de dicha actividad en similares términos de quien la ejerce por designación de manera permanente en un cargo público, debiendo respetar el principio de legalidad integralmente.

Precisamente, entre las funciones atribuidas a particulares que mayor trascendencia y desarrollo han tenido en los últimos años están las que corresponden a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es decir, las que desarrollan los servicios públicos definidos en el artículo 1 de la Ley 142 (1994). Por expreso mandato legal, a aquellas les han sido atribuidas especiales funciones administrativas pese a que, por regla general, su régimen jurídico es el del derecho privado.

Sin perjuicio de lo anterior, se comprende que a las empresas que prestan servicios públicos, sean estas públicas, de capital público-privado, o privadas, se les puede reconocer como asignadas funciones administrativas cuando sea necesario e indispensable para la materialización efectiva del servicio público, o para el cumplimiento de la obligación de preservación del interés general, de las finalidades esenciales y sociales constitucionalmente concebidas, de los intereses de la comunidad y de los derechos fundamentales inherentes a la prestación de los mismos servicios. En estos eventos, dichas empresas excepcionalmente pueden producir decisiones de contenido unilateral e individual que se encuadran como verdaderos actos administrativos, sometidos a los principios, normas y procedimientos en los que se inspira la legalidad de estos integralmente.

Atendiendo a lo esgrimido por el Consejo de Estado en la sentencia mencionada, los actos y decisiones de carácter unilateral emitidas por entidades prestadoras de servicios se consideran actos administrativos propios del derecho público por corresponder al cumplimiento de funciones administrativas propiamente señaladas en la ley. Respecto de los actos administrativos, en la misma providencia se hace un estudio de estos y se señala que son aquellas decisiones que adopta una empresa de servicios públicos, cuando reviste los

siguientes elementos característicos:

- Un acto positivo, consistente en la expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas.
- De carácter unilateral, donde se trata de expresar tan solo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas, se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento.
- Una expresión de voluntad.
- Algo que puede provenir no solo de los órganos de la rama ejecutiva del poder público sino también de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que le hubieren sido atribuidas funciones administrativas.
- Una naturaleza decisoria, esto es, que posee “la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido”

Nótese cómo la sentencia analizada señala que la prestación de servicios públicos domiciliarios se equipara de manera general al ejercicio de una función administrativa, dado que toda actividad que se despliegue para el desarrollo de la prestación comportará la expedición de actos administrativos para la garantía de los derechos e intereses públicos, postura que había venido siendo expuesta por algunos tratadistas en el caso de ESP oficiales (Palacio, 1999). Esto resulta contrario al principio de libre configuración del legislador que, en virtud de lo dispuesto por la Carta Constitucional (Constitución Política, art. 367), expidió un régimen especial en el que sometió a las reglas propias del derecho común los actos y contratos de las ESP, incluidas las oficiales, salvo las excepciones dispuestas por la misma ley especial (artículos 31 y 32, Ley 142, 1994).

Según algún sector de la doctrina, especialmente el representado por autores como

Montaña y Castaño (2010), esta percepción de identificación plena de los servicios públicos con la función administrativa y la aplicación del régimen jurídico administrativo que caracterizó la escuela del servicio público en nuestro actual ordenamiento jurídico, no encuentra una aplicación absoluta en tanto que en virtud al principio de legalidad es al legislador al que le corresponde establecer las dosis de derecho administrativo para determinadas relaciones jurídicas.

En criterio propio, el ejercicio de función administrativa en la actividad contractual de las empresas de servicios públicos se encuentra claramente delimitado en la Ley 142 de 1994, al someter a las reglas del Estatuto General de Contratación y del derecho administrativo cierto tipo de actos, tal como se explicó en el tercer capítulo de este artículo. Esto aplica también en los eventos en que, por aplicación supletiva de acuerdo con los criterios de interpretación otorgados por la misma ley, se deba acudir a disposiciones propias del Código de Procedimiento Administrativo o a normas de orden público como el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Atehortúa, 2012, p. 87) , como se verá más adelante.

Dado que el concepto de función administrativa comprende, como se indicó, la prestación de servicios públicos domiciliarios, es imposible generalizar la aplicación del derecho administrativo al punto de permitir de manera injustificada la expedición de actos unilaterales catalogados como administrativos en materia contractual, sin que exista una disposición legal que habilite el ejercicio de esta función. Con esto se les permite a las ESP oficiales el uso de prerrogativas públicas no autorizadas legalmente, con las consecuencias que esto genera en materia del equilibrio de la relación comercial y en la simetría de la actividad económica que desempeña el prestador estatal.

III.II Régimen jurídico de los actos contractuales como consecuencia de la autorización legal otorgada a las empresas de servicios públicos para definir su régimen de administración y funcionamiento.

En el anterior acápite se dijo que el ejercicio de la función administrativa como fundamento para la expedición de actos administrativos encuentra su limitante en la

dosificación que el mismo legislador debe realizar para cada situación jurídica, y también se afirmó que resulta imposible expedir actos unilaterales de naturaleza contractual sin una disposición legal que expresamente respalde esta decisión. En este sentido requiere analizarse la postura de la jurisprudencia que considera que los actos que se expidan para definir el régimen de funcionamiento y administración de las ESP son actos administrativos por encontrarse autorizados por la Ley 142 de 1994.

La Ley 142 de (1994) se expidió en desarrollo de los artículos 365, 367 y 369 superiores, con el propósito de dar cumplimiento a lo señalado por el constituyente y a la vez de establecer parámetros claros para la prestación de servicios públicos domiciliarios. Debe tenerse en cuenta que estos son inherentes a la finalidad social del Estado y, en desarrollo de esto, es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la Constitución Política).

La ley especial de servicios públicos domiciliarios señala que la prestación de servicios incluye la posibilidad de que estos sean prestados por entidades privadas. Adicionalmente, en cuanto a las empresas prestadoras de carácter público, en el parágrafo 1 del artículo 17 se expresa que el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que preste servicios públicos (en concordancia con la Ley 489 de 1998, artículo 38), en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será previsto en la Ley 142.

El artículo 32 de la Ley 142 faculta a las entidades prestadoras de servicios para que expidan los actos necesarios para la contratación. Dado que estos se regirán bajo el derecho privado, la Ley autoriza que se realicen los actos necesarios en el siguiente sentido:

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.

Al respecto, el Consejo de Estado (2011, 13 de abril, Sentencia 37423) precisó que existen diferentes formas en las que se pueden concretar actos administrativos. Sin embargo, invoca dos características esenciales para que pueda configurarse un verdadero acto unilateral: por un lado, se debe verificar que el acto provenga de una autoridad o particular que cumpla funciones administrativas; por otro lado, que se observe un contenido decisorio o, lo que es igual, que produzca efectos.

En la referida sentencia se señaló que los actos a través de los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios establecen reglas contractuales que les permiten desarrollar su objeto, reglas que deben respetar los principios de la función administrativa, se consideran actos administrativos *per se*, en la medida en que se trata de directrices que se trazan para lograr la mejor prestación del servicio público.

En relación con los actos propios de la actividad contractual, por la misma vía se indicó que:

La Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración; en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital ciento por ciento público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá, este solo se aplicará de manera excepcional (2011, 13 de abril, Sentencia 37423) .

De lo señalado en esa providencia se concluye que, para el Consejo de Estado, los actos que expiden los prestadores en desarrollo de la actividad contractual son verdaderos actos administrativos. Con esta tesis se amparan actos como los manuales de contratación y otros expedidos como fruto del proceso contractual por considerar que la Ley 142, de forma expresa, autoriza a los administradores para darse sus propios reglamentos y para efectuar todos los actos necesarios para su funcionamiento.

Frente a lo interpretado por el Honorable Consejo de Estado, debe decirse que no puede pensarse en dotar a los reglamentos de un carácter público. Estos corresponden a un cuerpo normativo que establece lineamientos subordinados a la ley, mediante los cuales se imponen ciertos límites y se reconocen potestades para la regulación de actividades concretas (funcionamiento, organización, procedimientos, etc.). En este sentido, la autorización brindada por la Ley 142 va dirigida a que los prestadores puedan darse su propio reglamento y que expidan los actos necesarios para la contratación, los cuales se regirán por el derecho privado.

Por mandato constitucional se ha autorizado al legislador para que expida la ley que permita regular la prestación de servicios públicos. De hecho, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 con la que se reglamentó lo relativo a la prestación de servicios públicos y estableció que los actos y contratos emitidos por los mismos se regirán por el derecho privado. Así mismo, la mencionada ley estableció criterios de interpretación que permiten inferir que este tipo de reglamentación tiene un carácter eminentemente comercial del derecho de sociedades.

En conclusión, si bien existe una autorización legal emanada de lo preceptuado por la Ley 142, esto no es razón suficiente para considerar administrativos los actos expedidos para fijar su régimen y funcionamiento. En otras palabras, no pueden gozar de carácter público por el simple hecho de estar autorizados por la ley, en la medida en que dicha autorización se fijó para que los prestadores expidan los actos necesarios para la contratación, los cuales en la misma Ley 142 se indicó que se regirán por el derecho privado.

III.III Criterio orgánico: el régimen jurídico sustantivo no define la naturaleza de los actos contractuales, sí lo hace la naturaleza de la entidad que lo expide.

En el proceso de investigación adelantado para identificar los criterios que se han adoptado por parte de la jurisprudencia para definir la naturaleza de los actos contractuales de las ESP oficiales, se aprecia que el Consejo de Estado (2016 a, 24 de octubre, Sentencia 45607) en reciente postura justifica la naturaleza administrativa de este tipo de decisiones en la calidad de la entidad que las expide, en este caso una de carácter pública (criterio

orgánico), sin importar el régimen sustantivo al que la ley haya sometido este tipo de actuaciones.

En relación con la naturaleza y la posibilidad de controlar judicialmente las actuaciones propias del trámite precontractual que adelantan las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993, tal como lo son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales, en la citada sentencia, el Consejo de Estado se formula los siguientes interrogantes: ¿qué naturaleza tienen los actos precontractuales?, ¿qué naturaleza tiene el contrato?, ¿qué naturaleza tienen los actos contractuales y los pos contractuales cuando los expiden entidades excluidas de la Ley 80?

Para dar respuesta a estos interrogantes, el Consejo de Estado en la referida sentencia señaló que:

En torno a esta inquietud, y por lo menos desde el punto de vista lógico, son admisibles tres respuestas: i) primera, que como la actividad precontractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza civil o mercantil y su juez es la justicia ordinaria. ii) Segunda, que la actividad precontractual de las entidades excluidas se expresa en actos civiles o mercantiles, pero su juez es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa porque las partes del proceso y no el régimen del acto son las que definen la jurisdicción. iii) Tercera, que la actividad precontractual de las entidades excluidas se expresa en actos administrativos y que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es quien los controla. Las tres posturas tienen diferencias parciales pero también semejanzas; por ello conviene precisar la posición del Consejo de Estado, de la cual procede la definición de la jurisdicción para conocer de estos asuntos. (2016 a, 24 de octubre, Sentencia 45607)

De las tres posturas señaladas, el Consejo de Estado adopta la tercera tesis al definir los actos precontractuales de las ESP oficiales como susceptibles de control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por corresponder a verdaderos actos administrativos bien sean de trámite o bien sean definitivos (Palacio, 2010 a), dado que su naturaleza no depende del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de variables

tales como la presencia de una entidad estatal en ejercicio de una función administrativa que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos.

Con ocasión de esta postura el Consejo de Estado reconoce claramente que en el marco de la actividad contractual de las ESP oficiales, las decisiones que en este escenario se produzcan constituyen verdaderos actos administrativos y que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la que los controla. Si bien para el caso concreto la actividad de las ESP se rige por el ordenamiento jurídico privado, esto no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido, razón por lo que entonces estos actos son controlables por la jurisdicción administrativa.

Los argumentos esgrimidos por la alta corporación en la sentencia analizada para arribar a la conclusión de que los actos precontractuales de las ESP oficiales son iguales a los actos administrativos se sintetiza así: i) Irrelevancia del régimen sustantivo. II) Ejercicio de función administrativa. III) Presencia de una entidad estatal en la producción del acto. IV) Necesidad de control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por el interés que representa, a continuación se hace un análisis de cada uno de los argumentos ofrecidos por el Consejo de Estado en la sentencia analizada. En cuanto al primero de ellos que refiere a la irrelevancia del régimen sustantivo, Montaña (2009) alude a “la desconfiguración” del régimen de los servicios públicos cuyo objetivo es reglar de manera idéntica a operadores públicos y privados en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Al manifestar que el régimen jurídico que regula el régimen de contratación de las ESP no resulta determinante al momento de dilucidar la naturaleza de los actos que se expiden en el marco de dicha actividad, y que dicha regulación debe ceder ante otros factores que sí lo son, se desconocen principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: el de legalidad (Santaella, 2014) y “la libre configuración del legislador”. Según el precitado régimen sustantivo que en este caso corresponde a la ley especial de servicios públicos domiciliarios en el artículo 32, “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”. Además, en el inciso final se señala que “la regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce” (Ley 142, 1994).

El Consejo de Estado sostiene que su conclusión parte de una verdadera ponderación de principios y valores en procura de salvaguardar derechos fundamentales. Esto permite construir una alternativa de derecho aplicable a la administración, respetando en todo caso la aplicación de un régimen de derecho privado y atenuando los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal. Sin embargo, tal razonamiento además de apartarse de los presupuestos establecidos en el régimen especial pareciera que pretende invertir la regla general de aplicación del derecho privado y del administrativo como excepción. De ahí que se valide un régimen permanente de actuación administrativa y producción de actos administrativos que deberá intentar en su aplicación práctica algo poco posible: matizar los actos administrativos de algunos rasgos del régimen sustantivo de derecho privado cuando el solo hecho de imprimir la calidad de acto administrativo a los actos de las ESP implica el ejercicio de prerrogativas de auto tutela respecto de sus destinatarios y el cumplimiento de formalidades difíciles de evitar. Estas características resultan extremadamente opuestas a los actos jurídicos propios de la actividad económica o mercantil, donde priman los principios de consensualidad y la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, frente al segundo argumento de la sentencia relativo al ejercicio de la función administrativa, no se realizará ningún estudio adicional más allá del formulado en el acápite anterior. Sin embargo, quiere resaltarse que en el sustento de la sentencia del Consejo de Estado no se observa la mención de la disposición legal que pueda habilitar el ejercicio de la función administrativa de manera genérica en la producción de actos en la actividad contractual de las ESP. Lo que se logra inferir es que se da por sentado que, de la presentación de un servicio público, se colige su equivalencia al ejercicio de la función administrativa. De esto se toma distancia por cuanto se insiste en que esta asimilación por ningún motivo puede

resultar absoluta y general, en el entendido de que siempre se requerirá de la intervención del legislador para la asignación de la competencia precisa y propia de la función que corresponda. Además, esta tesis representa un riesgo en el caso del régimen de los actos de los particulares que asumen la proveeduría de este tipo de servicios.

En lo que respecta al tercer criterio relativo a la presencia de una entidad estatal en la producción del acto que se enmarca dentro del criterio orgánico definido por la doctrina (Younes, 2016 b), que se expuso anteriormente, la evidente connotación económica de la constitución de nuestro país, permeada por la creciente participación de entidades estatales en el escenario de libre competencia de mercado, ha suscitado una alteración en la teoría antes pacífica. Esta surge al considerarse todos los actos de los órganos públicos como administrativos, más aun cuando los mismos corresponden a actividades netamente industriales o comerciales sometidas al derecho común, sin que esto permita desligarlas de la aplicación del derecho administrativo. Como se sabe, estas entidades están previamente autorizadas por una disposición legal y profieren decisiones en el ejercicio de función administrativa y/o haciendo uso de prerrogativas públicas.

Del planeamiento realizado por el Consejo de Estado, un último criterio por analizar pretende ligar la naturaleza del acto precontractual de las ESP oficiales con la imperiosa necesidad de no perder el conocimiento de estos actos por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, categóricamente se afirma:

El juez administrativo, consciente de la función de apertura y cierre que tiene la calidad de acto administrativo o de acto civil o mercantil de las decisiones de la Administración, no puede declinar ante el deber constitucional que tiene de controlar el poder público, para lo cual debe favorecer los instrumentos y los medios que aseguren la racionalidad y la libertad que garantiza el ejercicio del control sobre las decisiones de la Administración.

Del anterior planteamiento se deduce el deber que le asiste a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de evitar una suerte de inmunidad jurisdiccional, como lo ha dicho la jurisprudencia, respecto de determinados actos de órganos de naturaleza estatal que, en este caso, por aplicación estricta del régimen al que pertenecen, podrían escapar de su

conocimiento. Sin embargo, el acatamiento de este deber no podría tener la virtualidad de reconfigurar la naturaleza de los actos contractuales de las ESP oficiales para cumplir este propósito, más aun cuando el actual régimen le permite a la jurisdicción contenciosa asumir el control de legalidad de este tipo de decisiones sin que las mismas sean catalogadas como actos administrativos, como lo ha sostenido la misma sección primera del Consejo de Estado, al señalar:

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso-administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intraadministrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, aun cuando ello suponga llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos —justamente por eso o con esa finalidad—, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contencioso administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción. (Consejo de Estado, 2014, 27 de noviembre, Sentencia Exp. 2012-00533-01)

Este último raciocinio formulado por la jurisprudencia encuentra una clara justificación para los actos objeto del presente estudio, en la redacción contenida en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, especialmente en sus numerales 1 y 2 que incluyen como asuntos objeto de conocimiento de la jurisdicción los siguientes:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

Atendiendo las disposiciones antes citadas, el conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tanto de los actos precontractuales de las ESP oficiales como de los contractuales, no podría estar en entredicho así correspondan a decisiones que no sean catalogados como actos administrativos. Esto obedece a que el estudio de estos actos se podría efectuar bajo el régimen jurídico que les corresponde que no es otro que el de derecho común, ya sea bajo los presupuestos de una culpa *in contrahendo* en el caso de la responsabilidad precontractual (Monsalve, 2014) , y de la responsabilidad contractual en el caso de actos contractuales (Ospina, 2008).

Así las cosas, conforme el análisis realizado a cada uno de los argumentos esbozados por el Consejo de Estado, la segunda tesis propuesta en la sentencia según la cual tanto la actividad precontractual como la contractual de las ESP oficiales excluidas del régimen de contratación estatal se expresa en actos civiles o mercantiles tiene como juez la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esto se da en razón al criterio orgánico adoptado por el actual Código Contencioso que en esta materia termina por priorizar, al momento de definir la jurisdicción, las partes del proceso y no el régimen del acto que se somete a control.

III.IV Las cláusulas accidentales como justificación contractual para la expedición de actos unilaterales de contenido negocial por parte de las empresas de servicios públicos oficiales.

Los criterios que han venido siendo estudiados hasta ahora en este artículo consolidan una firme postura de la jurisprudencia y de un sector de la doctrina, en el sentido de considerar que la naturaleza de los actos propios de la actividad contractual de las ESP oficiales corresponde a la de verdaderos actos administrativos. Esta posición de la cual se toma distancia se constituye en el eje central del presente trabajo, como puede apreciarse desde la formulación misma del proyecto de investigación.

No obstante, en el año 2017 el Consejo de Estado (2017) inició un contundente giro argumentativo frente a la línea de pensamiento que había establecido respecto de la identidad jurídica de los actos contractuales de las ESP oficiales. Este giro permitió fijar dos planeamientos fundamentales para este trabajo: el primero de ellos consiste en sostener que, en este tipo de relaciones contractuales expresamente excluidas del régimen de contratación estatal, resulta posible utilizar figuras jurídicas como la terminación unilateral del contrato, la imposición de multas y la liquidación unilateral. Esta se muestra no como una consecuencia del uso de prerrogativas públicas sino, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, conclusión que justifica al señalar:

Se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante; por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial (Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero, Sentencia 56.562).

Para estructurar su nueva postura, el Consejo de Estado recurre de manera decidida a las reglas propias del derecho civil, fundamentando especialmente la inclusión de este tipo de cláusulas en el artículo 1501 del Código Civil, que distingue en cada contrato:

...las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero, Sentencia 56.562).⁶

⁶ Sobre la posibilidad de pactar cláusulas que permitan a la partes dar por terminado el contrato sin que medie decisión judicial ya se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas, Exp. 1999-01957. “En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante [...] Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. Sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a “[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial [...]”.

En este sentido, atendiendo a lo dispuesto en artículo 1602 del mismo Código Civil, el contrato legalmente celebrado se constituye en ley para las partes y los extremos negociales se encuentran plenamente facultados para regular sus relaciones jurídicas, incluyendo cláusulas accidentales que incorporen instrumentos eficaces. Esto se hace con el fin de salvaguardar de la manera más acertada el cumplimiento de las obligaciones propias del negocio, puntualizando que estas facultades encuentran sus claras limitaciones en las normas de orden público.

Se quiere destacar el avance significativo que se logra con esta nueva postura jurisprudencial, en relación con mecanismos de garantía de cumplimiento del contrato bajo los principios de la convención y la autonomía de la voluntad (Osorio, 2009). No obstante, en su argumentación no logra desmarcarse plenamente de la presencia de ciertos conceptos relativos al ejercicio de la función administrativa cuando sostiene que “Esta interpretación garantiza que el cumplimiento de la naturaleza del objeto contratado, el cual es proteger la prestación del servicio público domiciliario legalmente atribuido a la E.P.M., y n (sic); en este mismo sentido habrá de interpretarse la totalidad del contrato” (Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero, Sentencia 56.562).

Un segundo planteamiento que impacta ostensiblemente este estudio académico es el relativo a la naturaleza de las decisiones que se tomen en ejercicio de las facultades contenidas en las estipulaciones accidentales o especiales. A este respecto el Consejo de Estado afirmó:

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad. (Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero, Sentencia 56.562).

De manera contundente, por primera vez la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que los actos expedidos en el marco de la actividad contractual, ateniendo el régimen jurídico del derecho privado, no constituyen actos administrativos. De hecho, su identidad jurídica corresponde a la de un mero acto contractual que no puede ser sujeto de control judicial por vía de la nulidad sino del cumplimiento del contrato. Esta posición, con la que se coincide, resulta totalmente opuesta a la asumida por la misma Corporación, en línea jurisprudencial reciente, más exactamente en la sentencia que fuera objeto de análisis en el acápite anterior respecto de los actos precontractuales de las ESP oficiales.

Conclusiones

Una vez realizado el análisis respectivo tanto del régimen jurídico como del contractual propio de las empresas de servicios públicos (ESP), y de los diferentes criterios que han servido para identificar la naturaleza los actos de la ESP oficiales expedidos en desarrollo de su actividad negocial, emergen las siguientes conclusiones:

- El impacto del nuevo modelo económico concebido en la Constitución Política de 1991 frente a la provisión de los servicios públicos domiciliarios, en el marco de la liberalización, condujo a la expedición de un régimen especial que procura un escenario de uniformidad normativa para las empresas prestadoras públicas y privadas, en estricto acatamiento de los principios de igualdad y libre competencia.
- De esta manera, el régimen jurídico de los contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios se ha denominado por la doctrina, por la jurisprudencia y por un régimen jurídico, de carácter mixto, teniendo en cuenta la imposibilidad de desligarse del sustrato del derecho administrativo. Esto obedece a que la actividad de prestar servicios comporta en sí misma la consecución de los fines esenciales del Estado y el propósito de garantizar la adecuada prestación de los servicios.
- En principio, la definición de mixtura de régimen se ha entendido bajo la cláusula general de aplicación del derecho común a la actividad contractual de las entidades

que interactúan en el sector (incluso las de naturaleza oficial), y a los casos en que excepcionalmente —por definición del mismo legislador— debe aplicarse el derecho administrativo. Tal es la situación de los contratos de servicios públicos, la incorporación de cláusulas exorbitantes o la exigencia de la modalidad de licitación para algunos contratos.

- A la concepción habitual de lo mixto del régimen de los servicios públicos domiciliarios debe sumarse la cualificación de actos administrativos que, desde algún tiempo atrás, se le ha venido otorgando a los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, aun sin que dichas decisiones se encuentren enmarcadas dentro de los casos expresamente señalados por el legislador y que están sujetos a la regulación del derecho administrativo.
- Son diferentes los criterios que han servido como soporte a la jurisprudencia contenciosa para asignar la naturaleza de actos administrativos a los actos producidos en el marco de la actividad contractual de las ESP oficiales. El más relevante y que resulta común a los demás criterios es el razonamiento originado en la Teoría Clásica del Servicio Público, según la cual debe equipararse el ejercicio de la función administrativa al de la prestación de servicios públicos.
- Como complemento a la idea según la cual el ejercicio de la función administrativa se equipara al de la prestación de los servicios públicos, y ante la necesidad de ubicar una justificación legal que autorice el ejercicio de la actividad contractual como función pública, se utiliza por parte de la jurisprudencia contenciosa la disposición contenida en el régimen especial de SPD, bajo la cual las empresas de servicios públicos se encuentran autorizadas para darse su propio régimen de administración y funcionamiento.
- La jurisprudencia ha considerado también que el Régimen Sustantivo aplicable a la actividad contractual no es el que determine la identidad jurídica de los actos emanados por parte de las ESP oficiales, sino que sea la propia naturaleza de la

entidad la que lo hace (criterio orgánico). En este mismo sentido, con el propósito de conseguir que dichos actos sean sujetos a control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se torna necesario asumir la tesis de que se trata de verdaderos actos administrativos.

- La incorporación de las ESP oficiales dentro de la estructura del Estado que se realizó a partir de la expedición de la Ley 489 de 1998, así como la sujeción de los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal que debe aplicarse a la actividad contractual de este tipo de entidades por exigencia de la Ley 1150 de 2007, si bien son factores que han generado algún tipo de incertidumbre frente a la calificación de la naturaleza de los actos, acoge los mismos criterios de interpretación diseñados por la norma que regula la estructura del Estado.
- Lo anterior permite delimitar que, solo en los casos de ausencia de regulación en la Ley 142 de 1994, resulta posible aplicar las normas propias de la Administración Pública, criterios que resultan pertinentes al momento de realizar la categorización de los actos. En el caso de los aludidos principios, más que constituirse en reglas con la virtualidad de determinar la naturaleza de los actos, se constituyen en preceptos de origen constitucional que resultan susceptibles de ser armonizadas con las normas y principios propios del derecho común.
- La más reciente postura jurisprudencial del Consejo de Estado inicia un importante giro argumentativo frente a la naturaleza de los actos contractuales de las ESP oficiales, especialmente frente a la posibilidad de tomar decisiones relativas a la terminación del contrato, imposición de multas y liquidación del contrato. Su justificación se encuentra en la expedición de las reglas propias del derecho civil y la autonomía negocial de las partes para pactar cláusulas catalogadas como accidentales, para arribar a la conclusión de que dichas decisiones corresponden a “meros” actos negociales y no administrativos. Por ende, su juzgamiento no se podrá realizar por la vía de control de nulidad sino tramitarse a la luz del incumplimiento contractual.

- Este nuevo entendimiento realizado por el Consejo de Estado, frente a la naturaleza negocial y no administrativa de los actos expedidos por las ESP oficiales, resulta compatible con la postura asumida sobre este aspecto desde la formulación inicial de la presente investigación, como se deja sentado en cada uno de los criterios analizados en este artículo. Sin embargo, los mismos criterios analizados invitan a reflexionar frente a la imposibilidad de asumir una regla general en relación con la naturaleza de los diferentes actos, los cuales se pueden expedir en el escenario de la actividad negocial de este tipo de empresas. De ahí que se haga necesario realizar una categorización de dichos actos en las diferentes etapas de dicha actividad, como en efecto se desarrollará en la segunda parte de este trabajo.

CATEGORIZACIÓN DE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES: REFLEXIÓN FRENTE A SU NATURALEZA JURÍDICA E IMPUGNACIÓN.

I. Criterios de interpretación de la Ley 142 de 1994 como punto de partida para identificar la naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos estatales.

Como fue objeto de análisis en el primer artículo de este trabajo de investigación, pese al avance doctrinal y jurisprudencial aún persiste una disparidad de criterios frente a la cualificación jurídica de las decisiones contractuales tomadas por las empresas de servicios públicos oficiales. Tal situación implica un permanente escenario de incertidumbre para los actores que participan como extremos negociales de este tipo de relaciones.

De esta manera, para el presente trabajo resulta relevante realizar una categorización de los diferentes actos vinculados con la actividad contractual de las empresas de servicios públicos oficiales. El propósito de ello consiste en analizar bajo los parámetros y las disposiciones inherentes al propio régimen especial de servicios públicos domiciliarios autorizado por el plexo constitucional, qué naturaleza jurídica le resulta aplicable a cada una de estas decisiones. De manera previa, se pretende abordar los actos que se consideran relevantes mediante un análisis de los criterios de interpretación del régimen dados por el régimen especial de servicios públicos domiciliarios.

La Ley 142 de 1994 contiene principios y reglas por medio de las cuales es posible interpretar la naturaleza de los actos contractuales de las Empresas de Servicios Públicos Estatales, principalmente en los artículos 13, 17, 30, 32, y 186. En estos se pueden evidenciar las reglas de interpretación que se deben tener en cuenta al momento de analizar el régimen de actos y contratos de los prestadores de SPD.

El primero de ellos es el artículo 13 de la mencionada norma. Este dispone que los principios invocados en la misma se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación, al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren y para suplir los vacíos que ellas presenten.

Debe decirse que los principios a los que se refiere la norma antes citada corresponden a los dispuestos en el título preliminar de la norma que regula, entre otros aspectos, el ámbito de aplicación de la ley, los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos, los instrumentos para ejercerla, las competencias de los municipios, de los departamentos y de la Nación, los derechos de los usuarios, el principio de libertad de empresa y la función social de la propiedad en las entidades que prestan SPD.

En igual sentido, respecto de la aplicación de los principios, el artículo 30 de la Ley en comento señala que las normas sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios de la misma, garantizando la libre competencia e impidiendo abusos de la posición dominante, según lo señalado en el artículo 333 de la Constitución Política, favoreciendo la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

De los preceptos normativos citados se interpreta que, para los conflictos suscitados y lo relacionado con contratación, deben aplicarse los principios invocados en la misma norma (en los artículos 1 al 12). Tales principios se remiten a aquellos propios de la función pública, los cuales tienen origen constitucional y corresponden a la eficiencia, eficacia, calidad, información, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia y los abusos de la posición dominante.

De la misma manera, de lo señalado en estos artículos puede identificarse que la Ley 142 no prescribe una interpretación literal o exegética; por el contrario, aboga por una interpretación principialista toda vez que, en el caso de presentarse vacíos o conflictos, debe acudir a los principios generales. De hecho, sobre la interpretación del artículo 30 (Ley 142, 1994) en sentencia del Consejo de Estado (2015) se indicó:

De manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberales que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado.

Por otra parte, el artículo 17 señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos; posteriormente, en el Parágrafo 1 indica que las entidades descentralizadas que no deseen representar en acciones el capital, deberán constituirse como empresa industrial y comercial del Estado y deberán registrarse, en lo que no prevea la Constitución, por lo señalado en la Ley 142.

De lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 142 (1994) se identifica un criterio de interpretación básico y general dado que, para los casos donde los servicios públicos sean prestados por entidades descentralizadas de cualquier orden, estas entidades deberán aplicar el régimen contenido en la Ley 142 y no el ordinario de la descentralización, razón por la cual deberán estar sujetos a los principios y normas de derecho administrativo que presente la mencionada norma.

Respecto de la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos privadas, el artículo 32 de la norma señala también que estos se regirán en lo no previsto por la Ley 142, por las reglas del derecho privado, salvo que la Constitución o la Ley 142 señalen cosa distinta, incluso a las sociedades de las que sean parte entidades públicas. Como norma prevalente respecto de las empresas prestadoras de servicios públicos en relación con los asuntos de la administración de las empresas y las relaciones de los socios, en este mismo artículo se considera que, en todo lo no contenido en la Ley 142, el régimen jurídico aplicable es el del derecho privado.

Finalmente, el artículo 186 de la Ley 142 refiere que, de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, mediante la ley en comento se reglamentan de manera general

las actividades respecto de los servicios públicos. Por dicha razón deroga todas aquellas disposiciones contrarias y es prevalente en cuanto a las leyes especiales que se dicten según el caso de disparidad.

El artículo 186 reitera el carácter especial del régimen de los servicios públicos y pone en una posición de superioridad a la Ley 142 respecto de otras normas en materia de servicios públicos domiciliarios. De ahí que se muestre como norma rectora en la interpretación del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios.

De conformidad con lo establecido en los artículos 13, 30 y 186 de la Ley 142 de 1994, en la interpretación de esta ley no pueden perderse de vista los fines para los que ha sido expedida y, por lo tanto, el intérprete debe abandonar la exégesis de cada uno de los artículos y tener una visión armónica e integradora de la misma que le posibilite su comprensión en la totalidad de su contexto (Atehortúa, 2006, p. 74).

En el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, además de los principios anteriormente analizados propios del régimen especial de servicios públicos, debe recordarse que en razón a la naturaleza estatal, además de los preceptos citados, requieren tenerse en cuenta los principios constitucionales que rigen la función administrativa, la gestión fiscal y la aplicación supletiva de las disposiciones establecidas en la ley que regula la estructura del Estado (Ley 489, 1998).

De esta manera, en materia actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales existe una ruta que se debe seguir para proceder con la identificación del régimen y naturaleza de sus actos: i) Los actos y contratos se someten a lo dispuesto por la Ley 142, en lo no dispuesto en ella por las disposiciones del derecho privado. ii) Las disposiciones en materia contractual establecidas en la ley 142 de 1994 deben interpretarse a la luz de los principios en el título preliminar de la ley (no solo en el capítulo primero), en la forma que mejor garantice la libre competencia e impida los abusos de la posición dominante y que mejor favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. iii) Los principios ya citados deben interpretarse de manera armónica con la aplicación de los preceptos constitucionales que rigen la función administrativa y la gestión fiscal. iv) Solo en

el evento de no encontrar disposición legal aplicable en materia de actos o contratos en la Ley 142 de 1994 o en las disposiciones contenidas en el derecho común es procedente acudir a las normas propias de las entidades estatales señaladas en la Ley 489 de 1998.

De esta manera, atendiendo los criterios de interpretación y aplicación de las normas antes descritas, se procederá a realizar una categorización de los actos contractuales de las ESP oficiales para vislumbrar si existen actos que puedan resultar con un tratamiento diferenciado, es decir, algunos que puedan ser catalogados como actos administrativos o como actos meramente negociales. Para este propósito a continuación se hará mención de la categoría de actos en el régimen del estatuto general de contratación pública.

II. Identificación de los actos administrativos en el marco del Estatuto General de Contratación Estatal.

Mediante la expedición del actual Estatuto General de la Contratación Pública se modificó el concepto de actos contractuales y se dio inicio a la definición de los mismos conforme a lo señalado en el artículo 77 (Ley 80, 1994). Este los delimitó como actos administrativos que se producen con motivo u ocasión de la actividad contractual. En el cuerpo normativo se estableció una diferenciación entre los actos separables o precontractuales, y actos administrativos que se profieren con ocasión de la actividad contractual. De tal manera se asumen los primeros como los actos que se producen antes de la celebración del contrato y los segundos como los que se dan luego de la celebración del mismo (Consejo de Estado, 2006, 6 de abril, Sentencia 15188). Así quedaron entendidos de forma uniforme de acuerdo con la definición del artículo 77 (Palacio, 2010 b).

La Ley 80 de 1993 igualmente señala una serie de actos administrativos producidos antes y después de la celebración del contrato. Dentro de ellos, en primer lugar, enlista la resolución de apertura, considerándose esta como la manifestación de la administración que

pone en conocimiento del público, en general, la iniciación de determinado proceso que pretenda adelantar la entidad (Ley 80, 1993)⁷.

De manera seguida, la referida ley establece en el numeral 2 del artículo 30 la elaboración de los pliegos de condiciones, los cuales se entienden como un acto administrativo de carácter mixto (Consejo de Estado, 2013, 24 de julio, Sentencia 25642). Esto en el entendido de que en un principio se erigen las condiciones que exige la entidad cuando requiere satisfacer una necesidad (Mejía, 2014) y que va dirigido a toda la población que permita prestarle a la entidad sus capacidades técnicas, administrativas, operacionales entre otras, en pro de dicha necesidad. De manera consecuente, una vez realizado el proceso de recepción y verificación de propuestas, se realiza la adjudicación del contrato, con lo cual los pliegos de condiciones pasan a ser un acto administrativo de carácter particular, donde las condiciones allí establecidas se convierten en cláusulas obligatorias para el adjudicatario.

Establecidos así los pliegos de condiciones, puede señalarse que los mismos son una integración de los principios que rigen la contratación pública, lo que se encuentra demostrado con lo preceptuado en la Ley 80 de 1993, en la cual dentro del acápite de los principios, específicamente el de transparencia, hace referencia a los pliegos de condiciones.

En cuanto al acto de adjudicación o de declaratoria de desierto de un proceso de contratación, de forma relacionada con el principio de transparencia en virtud del cual señala que el fin de los actos administrativos es adjudicar un proceso o declararlo desierto, el Estatuto del Régimen Contractual expresa que aquel debe estar debidamente motivado por la entidad (Ley 80, 1993). Esto se señala de forma similar en el numeral 7 del artículo 30 de la ley en mención, insistiendo en la motivación detallada y precisa que debe darse a estos actos administrativos en los cuales se ve reflejada una gran responsabilidad para la administración, considerando en igualdad de importancia cualquiera de los dos.

⁷ El artículo 30, numeral 1 de esta ley expresa que será un acto administrativo motivado que debe estar precedido de un estudio previo en donde se analice la necesidad y conveniencia del contrato a celebrar, así como los demás presupuestos necesarios para la ejecución del proceso.

Ahora bien, la Ley 1150 (2007) ha consagrado que el acto de adjudicación es irrevocable y genera la constitución de una obligación tanto para la entidad contratante como para el contratista. Sin embargo, cabe señalar que puede existir una excepción a su irrevocabilidad si se evidencia (en un término establecido entre la adjudicación y la suscripción del contrato) una inhabilidad o incompatibilidad, así como la evidencia de que se obtuvo por medios ilegales. Lo anterior genera la aplicación de lo previsto sobre revocabilidad en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (Pino, 2005).

En cuanto a la etapa contractual, es menester hacer referencia a la imposición de multas dentro de los procesos contractuales, para lo cual debe señalarse que en lo dispuesto en el Estatuto de la Contratación Estatal, lo referido a la imposición de multas produjo amplias interpretaciones por la jurisprudencia.

Así, con la expedición de la Ley 1150 (2007) se puso fin a la discusión, pues la misma dio la posibilidad de que las entidades estatales pactaran multas de forma unilateral mediante acto administrativo. Esto se ha expuesto en concepto del Consejo de Estado (2010, 29 de noviembre, C.E 2040) con ponencia de William Zambrano Cetina, quien a su vez se ha referido a las diferentes manifestaciones que ha hecho el alto tribunal sobre la materia.

De forma similar se ha referido la Sala de Consulta y Servicio de Civil (2013, 10 octubre, C.E 2157) al manifestar que, como imposición unilateral de una multa, se desprende una prerrogativa exorbitante de la Administración que se ve manifestada en un acto administrativo. Esto, a su vez, se trata de una facultad sustraída del principio de legalidad y de la autonomía de la voluntad (Torres, 2014).

A lo largo de las actuaciones de las entidades estatales a la luz de la Ley 80 de 1993 se puede evidenciar el sinnúmero de actos administrativos a través de los cuales manifiestan su voluntad. A esto no es ajeno el acto administrativo por medio del cual se liquida un contrato de forma unilateral (Hernández, 2009). Así mismo surgen otros actos que en este orden de ideas pueden considerarse administrativos, tales como resoluciones de imposición de multas, de incumplimiento, terminación anticipada, declaración de caducidad, y todas las

resoluciones que sean la expresión de las cláusulas y excepciones que se fijaron en virtud del Estatuto General de la Contratación Pública.

En relación con los actos mediante los cuales se imponen decisiones producto de las cláusulas excepcionales, es preciso señalar que estas determinaciones además de un derecho que le asiste a la entidad pública con el propósito de garantizar la satisfacción del interés general, también se constituyen en un deber jurídico. Como lo afirma el profesor David Blanquer (2013), “la ley le atribuye a la Administración Pública potestades para la gestión de los intereses generales, y precisamente por su origen (la ley) y su finalidad (servir los intereses generales), son irrenunciables” (p. 361).

En función de lo anterior, se pueden evidenciar las diferentes actuaciones de la Administración a través de los actos unilaterales expedidos por las entidades públicas a las que se refiere el Estatuto General de la Contratación Pública en desarrollo del proceso de contratación (Braconnier, 2017). Si bien en este se imponen ciertas reglas así como la obligación de aplicar principios y otorgar garantías a los contratistas e interesados en dichos procesos, existen ciertas actuaciones en las cuales propenderá la manifestación del ente público.

III. Clasificación de los actos de las empresas de servicios públicos oficiales en desarrollo de su actividad precontractual. Análisis puntual de actos relevantes.

En concordancia con lo previamente referenciado, en la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública se advertirá de forma reiterativa la expedición de actos administrativos con los cuales la administración busca manifestarse sobre algún hecho acaecido en la etapa previa a la celebración del contrato. Ahora bien, en cuanto a los actos de los prestadores oficiales, en principio podría aseverarse que los actos relativos a la actividad precontractual no desencadenan en actos administrativos, teniendo como base el régimen especial al que están sometidos. Sin embargo, este supuesto no es el aplicado en la realidad jurídica, así como se entrará a examinar.

a. Actos relativos a la competencia y capacidad para contratar.

En el escenario de las entidades del Estatuto General de Contratación se observan disposiciones legales que permiten concluir con meridiana claridad qué actos administrativos relativos a la competencia para contratar pueden destacarse en la etapa precontractual. Así, los artículos 11 y 12 de la citada ley permiten señalar la designación del servidor competente para dirigir todos los procesos de contratación y la forma como se puede utilizar la figura de la delegación en materia de contratación, involucrando claramente por lo menos dos tipos de actos administrativos. En primera medida, el acto administrativo de designación del funcionario como la clara materialización de la asignación de sus funciones; en segunda instancia, el acto de delegación que incluye las funciones en materia de delegación y los actos de desconcentración que se realicen respecto de los demás funcionarios que intervienen en la contratación.

En el caso de las ESP oficiales, resulta un poco complejo identificar la naturaleza de los actos relativos a la competencia para contratar, más aún si se tiene en cuenta que en este aspecto se confunden las normas propias de la actividad contractual con las atinentes al régimen de los empleados públicos. De hecho, los trabajadores de las empresas oficiales no fueron incluidos en el artículo 44 de la Ley 142 que remite su régimen al del Código Sustantivo del Trabajo, circunstancia que ha llevado a la jurisprudencia a equiparar a las ESP oficiales para efectos del régimen laboral con el de las empresas industriales y comerciales del Estado. En este sentido, se ha llegado a interpretar que la designación del gerente o representante legal de estas entidades le corresponde al máximo jefe de la entidad. Si en el caso de las empresas municipales o departamentales esta designación se realiza por decreto, los actos de delegación de sus funciones también se realizan por acto administrativo.

En el caso particular de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, para el año de 1996 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció frente al régimen laboral de éstas (Concepto Radicado No 798, CP. César Hoyos Salazar). Al ser sociedades entre entidades públicas que desarrollan una actividad industrial o

comercial, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Ley 130 de 1976, se deben someter a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

La conclusión emanada del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la fecha sigue incólume; es así como la Ley 489 (1998, parágrafo primero, artículo 38) define que las sociedades públicas en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Así las cosas, para el desarrollo de su objeto social las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales deben imprimir, en la gran mayoría de sus actuaciones, figuras propias del derecho administrativo, como es el caso de la expedición de actos para nominar. El caso más claro es el de nombramiento de los gerentes o directores de las empresas, cuya titularidad se encuentra en cabeza del Presidente, Gobernador o Alcalde, atendiendo respectivamente al artículo 91 de la Ley 489 de 1998, al numeral 5º del artículo 305 y al numeral 3º del artículo 315 de la Constitución Política.

El nombramiento de los gerentes o directores es un claro ejercicio de función administrativa en virtud de la expedición de un acto administrativo. Tal proceso hace posible que una persona que cumpla con unos requisitos de formación y experiencia trabee una relación legal y reglamentaria con una entidad estatal, a partir de su posesión.

La Ley 489 de 1998, en desarrollo del artículo 209 de la Constitución, preceptúa la delegación y desconcentración administrativa como figuras propias del derecho administrativo y la Administración Pública, haciéndolas extensivas a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.

A propósito de esto, Molano (2005) sostiene que es necesario que la delegación se realice mediante un acto administrativo particular y concreto en el cual se identifique la materia delegable, el titular de la delegación, su duración y la modalidad a través de la cual se realizará.

La delegación administrativa consiste en que, mediante un acto de delegación, las autoridades administrativas puedan transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Por su parte, la desconcentración administrativa hace referencia a la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o de la entidad administrativa, algo que podrá hacerse por territorio y funciones (Hernández, 1999).

Para el cumplimiento de las funciones a cargo de los gerentes o directivos de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, muchas veces se hace necesario acudir a la delegación de funciones, especialmente en materia contractual. Dicha figura se emplea para la dirección de los procesos precontractuales, adjudicar los contratos, dirigir los procesos sancionatorios, entre otros.

Por su parte, la desconcentración administrativa cobra especial relevancia al momento de definir las funciones y competencias de los servidores públicos que hacen parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, de acuerdo con criterios de jerarquía y especialidad, en aras de cumplir con el cometido del objeto social.

La desconcentración administrativa se percibe claramente en la expedición de los manuales específicos de funciones y de competencias laborales. Estos corresponden a un instrumento de administración de personal que, por mandato constitucional (art. 122) y legal, deben tener todas las entidades e instituciones del Estado. Mediante dicho instrumento se establecen las funciones y competencias exigidas para el desempeño de los empleos públicos que conforman la planta de personal.

Es habitual que en todas las entidades del Estado, inclusive en las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, se establezcan de manera precisa áreas como la contratación, las competencias y funciones de todos sus servidores. También la actuación de

estos desde la elaboración de los estudios previos, la evaluación de los ofrecimientos, la asignación de las supervisiones, entre otras, ya sea por dependencia o especialidad.

Con lo esbozado hasta aquí resulta evidente la identificación de actos administrativos respecto de la expedición de decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. Con ello se hace referencia a los actos en virtud de los cuales se asigna la competencia para contratar, en cabeza del representante legal de la entidad, así como de la delegación o desconcentración de funciones. La ausencia de regulación expresa sobre la materia en la Ley 142 de 1994 y en el derecho común lleva a aplicar la Ley 489 de 1998 (artículo 84) en aras de ofrecer una adecuada prestación de los servicios públicos a su cargo.

b. El manual de Contratación

Al igual que en la regulación del Estatuto de Contratación Pública, la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos está marcada por una serie de actos que se desarrollan antes y después de la celebración del contrato respectivo.

En virtud de esta afirmación se encuentran los actos precontractuales dentro de los cuales se halla el Manual de Contratación. Dado que el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos se encuentra excluido del consagrado en la Ley 80 de 1993, se ha considerado que dichas entidades deben expedir un Manual de Contratación donde se señale la forma como adelantarán sus procesos contractuales conforme al derecho privado, aplicando los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

Según lo indicado por el Consejo de Estado, este documento establece las reglas que deben seguirse para los procesos de contratación dado que su naturaleza es la de un acto administrativo. De ahí que refiera a “reglas imperativas aplicables a todos los contratos y con la capacidad de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, lo que sin duda los califica como actos administrativos” (Consejo de Estado, 2011, 13 de abril, Sentencia 37423). Debe seguirse tomando como base que la entidad sigue siendo pública, pues aunque se establezca que su régimen es de derecho privado su naturaleza jurídica sigue siendo la misma.

De esta forma, la sentencia a la que se ha hecho referencia indica de manera seguida que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración; en consecuencia:

los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital ciento por ciento público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá, este sólo se aplicará de manera excepcional (Consejo de Estado, 2011, 13 de abril, Sentencia 37423).

Quiere destacarse que la expedición de manuales de contratación no encuentra un preciso respaldo legal que permita a los prestadores estatales expedir reglamentos generales con fuerza ejecutoria y suponga de manera coercitiva la sumisión de los particulares en un escenario distinto al de las relaciones negociales entre particulares.

En materia de restricciones a la facultad de contratar, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, ni las mismas Comisiones de Regulación ostentan la competencia para limitar o establecer restricciones administrativas, a modo de reglamento, en los procesos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios. De tal manera, cuando se alude a las restricciones que se establecen en el Manual de Contratación de la entidad, el alcance y la naturaleza de las disposiciones allí contenidas encuentran una exclusiva justificación legal, ninguna diferente a la que le asiste a los órganos de administración de cualquier sociedad comercial por virtud de las disposiciones contenidas en el Código del Comercio.

El artículo 19 de la Ley 142 de 1994 señala el régimen jurídico al cual se someten las empresas de servicios públicos domiciliarios, disponiendo en su numeral 5 lo siguiente: “En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”.

En este sentido, al acudir al Código del Comercio, específicamente en lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 110 de dicho estatuto, los socios o accionistas de una sociedad,

cualquiera que sea el tipo societario, están facultados para que en el contrato social se consagre, de manera clara y precisa, tanto las facultades como las limitaciones de quienes administran y/o representan legalmente la compañía, así como aquellas atribuciones que conservan los asociados durante la existencia del ente societario (Peña, 2012).

Una vez constituida legalmente la sociedad, las cláusulas que conforman el contrato social son ley para las partes, por lo que las estipulaciones que regulan su funcionamiento son de obligatoria observancia por todos los asociados. Es deber de los administradores velar por su estricto cumplimiento (num. 3, artículo 23, Ley 222, 1995).

Si bien es cierto que la regla general en materia de facultades y atribuciones es la contenida en el artículo 196 que consagra la libertad de disposición y decisión en la administración de los bienes de la sociedad por parte del representante legal, por vía de excepción su capacidad de contratación, por ejemplo, puede verse sometida a la voluntad del máximo órgano social o de la junta directiva, circunstancia que como ya se advirtió debe estar contemplada en el contrato social de forma clara y precisa.

En ese orden de ideas, las limitaciones que se adopten en los manuales de contratación constituyen verdaderos actos mercantiles dado que, si bien deben atender a la aplicación de los principios constitucionales y legales ya objeto de análisis en este artículo, por virtud de su aplicación no resulta posible variar su naturaleza so pretexto de que la Ley 142 de 1994 autoriza a las empresas proferir las normas relativas a su administración.

c. Actos que disciplinan el proceso de selección (apertura, pliegos de condiciones, adjudicación)

En concordancia con lo anterior, si bien en el Estatuto General de la Contratación Pública se hace referencia a varios actos administrativos que emiten las entidades estatales en desarrollo de sus procesos de contratación (Franco, 2010), estos no son ajenos a las actividades que realizan las empresas de servicios públicos que cuentan con un régimen especial.

De esta manera, se puede observar que, al regirse por el régimen excepcional al de la Ley 80 de 1993, en la práctica los actos de la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberían estar encaminados a la mera aplicabilidad del derecho privado. Sin embargo, dado que su naturaleza jurídica es la de una entidad estatal, en ocasiones utilizan su posición dominante expidiendo actos unilaterales, predominando solo su decisión.

Por regla general, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 142 de 1994 (artículo 32), se entiende entonces que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, de modo que solo se regirán por el derecho público cuando la misma Ley 142 así lo señale o por mandato constitucional.

Así, al tratarse de los procesos de selección, se evidencia que las entidades con regímenes especiales si bien definen en sus manuales de contratación procedimientos libremente basados en el derecho privado, dentro de los mismos en la práctica no dejan a un lado la emisión de actos administrativos que regulan su actividad.

En ese sentido, resulta comprensible que para muchos procesos de contratación que adelantan estas empresas, sea necesaria la expedición de pliegos de condiciones que funcionen, al igual que en lo referido en el Estatuto General de la Contratación, como el documento donde se establecen las reglas para la futura contratación.

En igual medida se establece que, para muchos procesos, es indispensable el acto administrativo que ordena la apertura de los procesos contractuales, así como el de adjudicación, entre otros. Estos pueden verse traducidos como la búsqueda de la aplicabilidad a los principios obligatorios que deben regir cualquier proceso contractual.

La postura actual del Consejo de Estado (2016, 24 de octubre, Sentencia 45607) frente a la naturaleza de los actos precontractuales de los prestadores estatales, tal como se indicó en el artículo anterior, corresponde a que los actos que se desarrollen en ejercicio de sus

procesos se consideran verdaderos actos administrativos sobre la base de que el ordenamiento jurídico—público o privado que rija una actividad no necesariamente abarca la naturaleza de los actos que se producen a su amparo. Esto último puede definirse haciendo uso de otras variables como la presencia de una entidad estatal, el ejercicio de una función administrativa, la definición de una situación jurídica y la producción de efectos jurídicos, de manera que si el acto cumple esta definición es administrativo.

Teniendo en cuenta los argumentos esbozados por el Consejo de Estado, para concluir que la naturaleza de los actos expedidos en la etapa precontractual corresponde a la de verdaderos actos administrativos, de manera difusa se justifican supuestos relacionados con la aplicación de funciones administrativas por parte de una entidad estatal, así como la ponderación de valores y principios incluso en la vigencia de derechos fundamentales. Sin embargo, no se respalda esta inferencia a partir de una disposición legal que, en el marco del régimen constitucional especial de los servicios públicos domiciliarios, permita en situaciones diferentes a la expresamente autorizada, la expedición de actos unilaterales con la naturaleza de administrativos.

Siguiendo la línea de interpretación que se ha trazado para definir la naturaleza jurídica de los actos contractuales de las ESP oficiales, salvo los casos ya analizados en los que expresamente la Ley 142 e 1994 dispone el sometimiento a la modalidad de selección de licitación pública propia de la Ley 80 de 1993, no se observa disposición legal en dicha norma que regule los demás tipos de procesos que adelantan dichas empresas para seleccionar los contratistas. Por ello, corresponde acudir a las normas propias del derecho común para adelantar estos trámites.

De manera distante a la postura que hasta la fecha ha asumido el Consejo de Estado frente a los actos precontractuales, el derecho común regula de manera precisa las actuaciones surtidas por los extremos de la relación negocial en esta etapa. Esto obedece no solo a un mandato Constitucional (artículo 83, Constitución Nacional.), sino a un principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales (artículo 1603 del Código Civil y artículos 863 y 871 del Código de Comercio) según el cual, en la etapa de la formación de la

voluntad contractual, las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo (Oviedo, 2008, p. 9-12). De esta manera, tanto las ESP oficiales como quienes interactúen con estas en materia precontractual se encuentran exclusivamente sometidas a las exigencias del ordenamiento positivo civil y comercial y, de ninguna manera se puede dar tratamiento de actos administrativos a los inherentes al proceso de selección que adelantan estas entidades.

IV. Clasificación de los actos expedidos por parte de las empresas de servicios públicos oficiales en ejecución de las etapas contractual y postcontractual. Análisis puntual de actos relevantes.

Las ESP Domiciliarios, despliegan una serie de actividades y actos durante la ejecución de los contratos y posterior a ello. Tales actos, como se entrará a desarrollar, están permeados del derecho administrativo en la medida en que la ley faculta a las entidades para asumir potestades unilaterales respecto de los contratistas para el desarrollo de los contratos.

a. El registro presupuestal

El registro presupuestal ha sido objeto de múltiples definiciones por parte de la doctrina (Expósito, 2003) así como de la jurisprudencia. No obstante, su acepción puede resumirse en que se trata de una operación en virtud de la cual se perfecciona el compromiso presupuestal asumido, todo ello en aras de que los recursos no cuenten con destinación diferente al propósito previsto para las mismas.

Frente a la regulación o exigibilidad de este en las ESP oficiales, en primer lugar debe anunciarse que, de acuerdo con el canon 151 de la Constitución Política, resulta claro que las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones corresponden a leyes orgánicas, situación consonante con los artículos 352 y 353. En estos expresamente se dispone que los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel se encuentran sujetos a las disposiciones consignadas en la respectiva Ley orgánica.

Indicado lo anterior, como consecuencia de la regulación orgánica del presupuesto, se expidió la Ley 225 de 1995, en virtud de la cual fue proferido a su vez el Decreto Nacional 111 de 1996. En su artículo 5° este refiere que “Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el noventa por ciento (90%) o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Consecuente con ello, la previsión presupuestal aplicable no es otra que el Decreto Nacional 115 de 1996 (Ochoa, 2014), normativa en virtud de la cual se concluye que, tratándose de las empresas de servicios públicos oficiales, en naturaleza presupuestal y fiscal escapa del concepto de ‘presupuesto general de la Nación’.

Ahora bien, frente a la asunción de compromisos presupuestales el Decreto 115 de 1996, en su canon 21, de manera grácil refiere que los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Además, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin, toda vez que el efecto jurídico que le otorga al registro presupuestal no es otro distinto de que se trata de una operación entendida como requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

Descendiendo en este análisis, de entrada debe anunciarse que la Ley 142 de 1994 prevé expresamente que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden dictar todos los actos necesarios para su administración. Así mismo, considerando que el régimen de derecho público se aplica de manera excepcional, un acto tal como el de Registro Presupuestal, regulado expresamente por norma de derecho público, le otorga la connotación de acto administrativo, máxime cuando no puede entrarse a confundir el régimen sustantivo aplicable a un acto y la naturaleza jurídica del acto producido.

La conclusión a la que se puede arribar no es otra distinta en la medida en que, pese al régimen de derecho privado que se le asigna a las empresas de servicios públicos, aún las oficiales, un acto de la connotación del Registro Presupuestal no está dado en los ámbitos civiles y mercantiles, toda vez que en dichas codificaciones o regulaciones le es asignada

mayor preponderancia a la autonomía de la voluntad, así como sucede con los actos preparatorios o previos a la consecución del negocio jurídico. En este caso se soslaya la seriedad del compromiso económico que, como ya se describió en líneas atrás, la ley lo enmarca como requisito de perfeccionamiento, mientras que la jurisprudencia del Consejo de Estado (2008, 30 de julio, Sentencia 2303), considerando que su propósito no es otro que el de velar porque los recursos destinados al contrato queden afectados al mismo y no puedan ser desviados a fines diferentes, lo categoriza como requisito indispensable para la ejecución del contrato.

Así las cosas, el Registro Presupuestal en efecto constituye un verdadero acto administrativo dada su regulación proveniente directamente del derecho público, ejercido por una entidad pública⁸ en el marco de la función administrativa, de manera que realiza aquella operación presupuestal tendiente a la producción de efectos jurídicos.

Considerando lo expuesto, el Registro Presupuestal se asume como acto positivo al adquirir un carácter unilateral que se concreta en la potencialidad para crear una situación jurídica. Esto es lo que precisamente permite reafirmar su carácter como acto administrativo, toda vez que al estar desprovisto totalmente de consentimiento o acuerdo de voluntades del administrado o parte en su producción, excluye su carácter de acto negocial. Se insiste que en los ámbitos civiles y mercantiles se le otorga prelación a la autonomía de la voluntad, así como los actos preparatorios o previos a la consecución del negocio jurídico, mas no a la seriedad del compromiso presupuestal.

En otros términos, el criterio diferenciador que permite categorizar el Registro Presupuestal como un verdadero acto administrativo (no negocial) permite enfatizar en que dicha naturaleza no depende del régimen jurídico sustantivo que se suscita en torno de la expedición del acto u operación. Por el contrario, surge por cuanto se está frente a una entidad estatal que en el marco de la función administrativa define una situación tendiente a producir efectos jurídicos, independientemente de la consensualidad en su obtención.

⁸ El Consejo de Estado, a través de la Sección Tercera, en Sentencia del 08 de junio de 2006, dentro del expediente con radicación 11001-03-26-000-2005-00007-00(29476), reiterando las sentencias del 2 de marzo de 2006, Exp. 2903, y del 24 de mayo de 2006, Exp. 31024, manifestó que, "... a la luz de lo dispuesto en los artículos 31 de la ley 142 de 1994, 5 y 76 de la ley 143 de 1994, y lo expuesto anteriormente acerca de la naturaleza jurídica y régimen de ese tipo de empresas, es indiferente que el contrato sea celebrado por una empresa de servicios públicos oficial o por una empresa de servicios públicos mixta, dado que una y otra, igualmente, son entidades estatales".

En síntesis, el Registro Presupuestal en efecto constituye acto administrativo toda vez que, atendiendo al criterio de residualidad en la integración normativa, las previsiones presupuestales son reguladas exclusivamente por normas de derecho público. En materia civil o mercantil sobre las mismas se guarda absoluto silencio, razón por la cual la operación o el acto de expedición del registro presupuestal está dado en el marco o ejercicio de la función administrativa y no negocial.

b. La declaratoria de siniestro

Ya se ha planteado la potestad que les asiste a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación respecto de la imposición de su voluntad mediante acto administrativo, con el fin de hacer efectiva las cláusulas de garantía que han sido amparadas por contratos de seguro. Esto acontece especialmente cuando se trata de la materialización del riesgo de incumplimiento, situación que le permite a estas entidades de manera simultánea, con la declaratoria del siniestro, iniciar el proceso de cobro en virtud del mérito ejecutivo que le es inherente a esta decisión administrativa (artículo 77, Ley 80; artículo 89, CPACA).

Situación diferente se presenta en los contratos de seguro de cumplimiento que amparan relaciones negociales entre particulares, toda vez que la norma que se debe aplicar es la contenida en los artículos 1072, 1077 y 1089 del Código de Comercio, tal y como lo sostienen Bernal y Cubillos (2013):

Como ya se indicó, en los contratos especiales de seguros el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal, cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80).

Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir, aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para

la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089, Código de Comercio), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del Estatuto Mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida) (p. 121).

En el caso de las pólizas que amparan las cláusulas de garantía de cumplimiento en los contratos de las ESP oficiales, se observa que la declaratoria de siniestro mediante acto administrativo se ha venido aplicando independientemente del régimen aplicable al contrato principal. En este sentido, el Consejo de Estado (2015) consideró que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen funciones administrativas, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 32 de la Ley 142 que dispone como regla general que los actos emanados de estas empresas se rigen por el derecho privado. Así mismo, las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden encasillarse como actos administrativos basados en el ejercicio de funciones administrativas y no en la prestación del servicio público en sí mismo. A propósito de la declaratoria del siniestro de un contrato, en esta sentencia se indicó:

Para el caso en concreto de la decisión de declarar el siniestro respecto a un contrato suscrito por una empresa de prestación de servicios públicos [v.gr., Empresas Públicas de Medellín ESP], la jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que una de las prerrogativas con las que se cuenta en desarrollo es la de declarar su ocurrencia por medio de acto administrativo unilateral debidamente motivado, potestad que se deriva de lo previsto en los No 4° y 5° del artículo 68 del CCA y que pueden ejercer durante la vigencia de la respectiva póliza que se trate. (Consejo de Estado, 2015, 06 de julio, Sentencia 40789)

Respecto de la potestad coactiva (Arias, 2010) reflejada en la declaratoria de siniestro para el cobro por lo dejado de realizar por el contratista, la Corte Constitucional (2000) avaló que las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ejercer la jurisdicción coactiva, al señalar:

También es posible que el legislador, en ejercicio de su libertad de conformación de la estructura administrativa, asigne a ciertos entes vinculados funciones administrativas. En estos casos, la atribución excepcional en cuestión estaría plenamente justificada, en cuanto las funciones administrativas asignadas expresamente por la ley llevarían implícita la noción de *imperium*. En consecuencia, la asignación de la jurisdicción coactiva a los organismos vinculados será declarada exequible (p. 91).

De esta sentencia se puede dilucidar que la declaratoria de siniestro y los derivados de la misma, como la orden de que se haga efectiva la garantía, están inmersos dentro del mismo ejercicio de funciones administrativas que, de manera excepcional, se ha atribuido por vía jurisprudencial a las empresas de prestación de servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, la postura defendida en este tipo de situaciones es que la declaratoria de siniestro por parte de los prestadores estatales no encuentra en el régimen del sector una justificación legal que le permita a los prestadores estatales expedir este tipo de actos administrativos. Al tratarse de una actividad netamente sometida al derecho privado y por la remisión expresa del numeral 5 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, debe darse curso a la reclamación ordinaria contenida en el Código del Comercio (1077, inciso 2°), con la respectiva posibilidad de la entidades aseguradoras de objetar la reclamación y ventilar la controversia ante el juez del contrato (Arias, 2008).

c. Imposición de sanciones, terminación y liquidación unilateral del contrato.

Ya se ha analizado en este trabajo la forma como el artículo 31 de la Ley 142 (1994), modificado por el artículo 3 de la Ley 689 (2001), reguló la inclusión en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes. En los casos regulados por la ley, dichas empresas en el marco de sus relaciones negociales podrán hacer uso de prerrogativas públicas (Rodríguez, 2015), con miras a declarar la caducidad del contrato, ordenar su terminación o interpretación unilateral, entre otras. Sin embargo, frente a los casos en que no existe autorización legal expresa para la toma de decisiones unilaterales por parte de las ESP oficiales, se han suscitado diversas interpretaciones en razón a que en la práctica estas entidades han venido haciendo uso generalizado de estas potestades,

esgrimiendo especialmente su naturaleza estatal y la posibilidad de pronunciarse a través de actos administrativos.

Sobre este particular, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (2017, 19 de julio, Sentencia 57.394) se ha pronunciado, morigerando su postura frente a la naturaleza de los actos expedidos por las empresas estatales sometidas al régimen de derecho privado y justificando en la teoría de las cláusulas accidentales la expedición de actos contentivos de terminación o liquidación unilateral:

El negocio jurídico es una manifestación o expresión de la voluntad encaminada indefectiblemente a la producción de unos efectos jurídicos previstos y queridos de antemano, esto es, para la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

En otras palabras, se trata de un acto humano voluntario y con efectos jurídicos, desplegado en ejercicio de la autonomía dispositiva, con el objeto de regular o disponer de los intereses (Hinestrosa, 2007).

Por su parte, los actos contractuales son todas aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato y que se fundan preponderantemente en lo pactado.

Así, por ejemplo, los actos (multas, terminación unilateral y liquidación unilateral) que realiza una de las partes del contrato en ejercicio de facultades previamente convenidas se constituyen en meros actos contractuales, pues se originan en la autonomía dispositiva o negocial y no en una facultad legal. De tal forma, al pactarlas no se otorga a ninguna de ellas un poder excepcional al derecho común, teniendo en cuenta que “su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial” (Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero, Sentencia 56.562).

En conclusión, la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado,

difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley. Esto obedece a que la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de estos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley; por esta razón, se constituyen en actos administrativos.

Así, los actos que se expiden con ocasión de la actividad contractual del Estado que se rigen por normas de derecho privado en ejercicio de las cláusulas accidentales a través de las cuales las partes convienen el ejercicio de facultades o figuras (verbigracia las multas, la terminación o liquidación unilaterales), se constituyen en meros actos contractuales y su expedición por alguna de las partes no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Si en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la Administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en esta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales mas no administrativos.

Este giro argumentativo planteado por el Consejo de Estado, relacionado con la facultad de imponer la ruptura de la relación negocial atendiendo a los acuerdos previamente consignados en el contrato, incluso en el marco del régimen jurídico del derecho común, encuentra respaldo en el derecho comparado⁹, en instrumentos de derecho internacional¹⁰,

⁹ La jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente o por la preminencia del riesgo de incumplimiento. Ranfer Molina Morales, con cita de Cécile Chabas. *L'inexécution licite du contrat*, París, Igdj, 2002, 158 expresa que "La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (à ses risques et périls), un derecho de hacerse justicia y de defenderse a posteriori. El Derecho Positivo permite, en efecto, algunas veces a una de las partes prevenir la ocurrencia de un daño o anticiparse al comportamiento de su contratante. La ruptura es necesaria. No se trata de hacerse justicia puesto que ninguna falta ha sido todavía cometida".

¹⁰ La Convención de Viena sobre compraventa internacional (artículos 49 a 64) autoriza a ambas partes para declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial; el artículo 7.3.1 de los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales da derecho a una parte para resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

así como en disposiciones de nuestro derecho privado interno. Esto ocurre, por ejemplo, en los contratos de compraventa (artículo 1882 del C.C.)¹¹, arrendamiento de cosas (artículos 1983¹² y 1984¹³ del C.C.), contrato de suministro (artículo 973.¹⁴ del C.Co), y en el contrato de agencia comercial (artículo 1325¹⁵ del C.Co.).

Sin embargo, el profesor Navia (2008) considera que,

a primera vista, el ejercicio de cualquiera de estas facultades, pero desde luego en mayor medida la resolución convencional por incumplimiento, podría ser analizado como la atribución de un poder exorbitante a una de las partes y, por esta vía, como la consagración de una desigualdad, tanto más pronunciada, cuanto que aquí la justificación ya no se encuentra en el interés superior de la colectividad, sino en el privado de una de las partes, generalmente de la que está en condiciones de imponer el contenido del contrato a la otra (p. 36).

Así las cosas, a pesar de los más cercanos pronunciamientos incluso de la misma subsección, se empiezan a replantear su tesis frente a la naturaleza de los actos jurídicos

¹¹ Art. 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

¹² Artículo 1983. Desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

¹³ Artículo 1984. Mora en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁴ Art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.

¹⁵ Artículo 1325. Justas causas para dar por terminado el mandato. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1) Por parte del empresario:

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades;

2) Por parte del agente:

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La quiebra o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades.

expedidos por las empresas sometidas a un régimen distinto del Estatuto General de Contratación Estatal. Este planteamiento resulta acertado en tanto que, conforme a los criterios que se han venido explicando y que fueron fijados a partir del marco constitucional, que han sido desarrollados en el régimen especial, corresponde concluir que los actos que incorporen decisiones relativas a la resolución o terminación del contrato, imposición de multas o liquidación unilateral, de ninguna manera pueden ser catalogados y juzgados como verdaderos actos administrativos. Su tratamiento debe corresponder al de meros actos negociales que deberán controlarse bajo las reglas relativas al incumplimiento del contrato propias del derecho comercial y civil.

En la nueva postura del Consejo de Estado si bien se considera la legalidad de las estipulaciones de terminación unilateral, liquidación unilateral y multas, entre otros actos jurídicos, en virtud de los compromisos negociales adquiridos por las partes, no se determinan con suficiente claridad el tipo de efectos que en sede administrativa implica la producción de dichos actos jurídicos, los cuales al no ostentar la naturaleza de actos administrativos, a las ESP oficiales no les resulta posible hacer efectivas las decisiones contenidas en estos actos de manera autónoma, sin intervención judicial. Como se entiende, esta facultad es propia del ejercicio del poder de autotutela de los actos administrativos.

V. Las incidencias de ofrecer tratamiento de actos administrativos a los actos contractuales de las empresas de servicios públicos estatales.

Tal y como se ha logrado precisar a lo largo del presente documento, en las diferentes situaciones de la actividad contractual de las ESP oficiales se asumen determinaciones cobijadas bajo la denominación de actos administrativos. Esto se da a pesar de que, como se ha venido analizando, no encuentren en algunos casos un respaldo en el ordenamiento jurídico que justifique esta interpretación. No obstante, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa ha respaldado esta postura, entre otras razones en el entendido de que dichos actos deben ser objeto de control por parte de esta jurisdicción.

En principio, la calificación de actos administrativos en los casos en que el régimen jurídico ha denominado la aplicación de derecho común ha venido siendo abordada desde el aspecto puramente procesal, frente a la conveniencia de su juzgamiento por parte de la jurisdicción. Sin embargo, en la práctica esta postura resulta impactando de manera contundente el equilibrio de las relaciones negociales que emprendan las ESP oficiales, toda vez que las características que se le impregnan a un acto jurídico al catalogarlo como administrativo reportan para quien lo expide una notable condición de superioridad debido a las prerrogativas de que gozan este tipo de actos¹⁶. Tal es el caso de la presunción de legalidad, la eficacia y la fuerza ejecutoria (Balbin, 2014).

Es entendible que el legislador dote a la Administración de ciertas prerrogativas o potestades que, por regla general, son inusuales en los contratos sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo expone Hauriou (citado por Santofimio, 2017) al precisar:

Los publicistas que han organizado nuestro derecho administrativo lo han fundado sobre las prerrogativas públicas, en clara oposición a los trabajos y planteamientos de la escuela de los servicios y los profundos argumentos reiterados en prácticamente todas las obras de Duguit. Hauriou, al igual que sus contradictores de doctrina, también de manera radical encuentra otro elemento motor, diferente al servicio público para justificar el carácter sustantivo del derecho administrativo; otro elemento de por sí altamente discutible, no precisamente derivado de la solidaridad social y del realismo jurídico, sino del ejercicio efectivo de poder, en lo que identifica como “prerrogativas de poder”, [a las cuales] destaca como el medio para alcanzar los fines estatales, medio que pasa a constituirse en lo principal y determinante en contraposición a consideraciones estrictamente finalísticas (p. 90).

Estas potestades son una expresión de la autotutela administrativa, la cual no puede ser aplicada de forma genérica en la actividad contractual de las ESP oficiales, precisamente porque el poder de autotutela ostenta una doble connotación. De un lado, es una prerrogativa

¹⁶ La Corte Constitucional (23 de febrero de 1995) en la Sentencia C- 069/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara) señala que la doctrina reconoce varios efectos a los actos administrativos, entre ellos la presunción de legalidad, la ejecutividad o eficacia y la ejecutoriedad: que aquel que contiene una obligación se presume legítimo hasta que la autoridad judicial competente no declare lo contrario; que la ejecutividad o eficacia del acto sujeta al administrado a la observancia de una determinada situación, generalmente después de su publicación; y que su ejecutoriedad faculta a la Administración para perseguir su cumplimiento por medio de la coacción directa, sin necesidad de recurrir a mediación judicial.

en tanto es un poder al cual acude el Estado con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. Al mismo tiempo, es un garantía para los administrados toda vez que la entidades están obligadas a hacer uso de esta herramienta, exclusivamente en las circunstancias descritas en la ley (Ossa, 2009).

De esta manera, es imposible albergar un régimen jurídico de contratación cobijado por las reglas propias del derecho privado, donde los actos expedidos por uno de los contratantes se constituyen en actos administrativos. A la vez, su extremo negocial actúa bajo la convicción de que su relación se somete exclusivamente a las disposiciones contenidas en el derecho privado, situación que contraviene lo dispuesto en el artículo 871 del Código de Comercio, que establece:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En esa línea, la Corte Constitucional (1999) ha sostenido:

Como principio general del derecho, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana, especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y, sobre todo, el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo.

En este caso, la buena fe se constituye por mandato de la ley y la Constitución Política para estas entidades como un deber y una garantía de confianza en los acuerdos generados

como producto de las relaciones negociales, aun cuando se incluya a particulares (Neme, 2006). La Corte Constitucional (1994), al respecto, señaló:

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte, es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Esta percepción sobre la buena fe, como lo explica De Vivero (2004), permite identificar el concepto de confianza legítima, el cual nace a partir de las relaciones de confianza que puedan generarse en desarrollo de las distintas actividades contractuales. De esta manera, en apoyo de la buena fe se busca proteger las expectativas generadas con ocasión de una determinada actuación, soportada en acciones u omisiones de las partes.

Los principios de buena fe y confianza legítima pueden verse expuestos en los eventos en los que las ESP oficiales, amparadas en la naturaleza jurídica de sus actos, producen decisiones relativas a la adjudicación, terminación y liquidación de los contratos, así como a la imposición de multas, otorgando plenos efectos de eficacia y ejecutoria a sus decisiones sin que medie un pronunciamiento judicial (Grueso, 2011). Así, estos actos se asimilan a los autorizados por el régimen de contratación estatal con las repercusiones que esta situación reporta, como ocurre en el caso del registro de los incumplimientos y multas en el registro único de proponentes, con las consecuencias previstas en el mismo estatuto en materia de inhabilidad para contratar derivadas de reiteración de estas determinaciones.

Resulta evidente que la presunción de legalidad, la eficacia y el carácter ejecutorio que se le imprime a los actos administrativos como una de sus características fundamentales, comporta una especial incidencia en el equilibrio que es propio de las relaciones sometidas

por el régimen de derecho privado. Así, los extremos negociales que interactúan con los prestadores oficiales pueden resultar agraviados en el principio de buena fe y confianza legítima. Sobre todo cuando se hace uso indiscriminado de facultades públicas en la construcción y el desarrollo de contratos que se anuncian por la propia entidad contratante como exceptuadas del régimen de contratación estatal y cobijada por las reglas propias del derecho privado.

V.I El control de legalidad de los actos contractuales de las ESP oficiales: régimen jurídico frente a la jurisdicción competente.

El advenimiento del derecho administrativo en el derecho francés generó, como primera discusión, definir qué autoridad debía resolver las controversias que surgen entre la administración pública y los administrados. Tal proceso se gestó paulatinamente, como lo reseña la doctrina nacional, en varias etapas y estadios.

El primer conflicto que enfrentó la jurisdicción de lo contencioso en Francia consistió en adquirir la independencia de la autoridad administrativa, ya que inicialmente todos los poderes descansaban en el Monarca. Esto generó las etapas conocidas como justicia retenida, en las cuales se tuvo como argumento desconfiar de la actividad de los jueces en el juzgamiento de los conflictos de la administración y los particulares, bajo un razonamiento no técnico-jurídico. En el año de 1873 se dio paso a la justicia delegada, la cual sí se corresponde con una fundamentación técnico-jurídico (Cambero, 2006).

En el caso colombiano se asume una posición original del Consejo de Estado francés. De hecho, el Consejo de Estado colombiano ha sido objeto de diferentes tratamientos, reformas normativas y alcances. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1886 se establece el Consejo de Estado con una limitada competencia frente a la validez de ciertos actos administrativos, pero esta desaparece nuevamente con el Acto Legislativo 10 de 1905.

Mediante Acto Legislativo 3 (1910) y en desarrollo la Ley 130 (1913) se creó y asignó la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Por parte de la doctrina se considera que la existencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene como fundamento mantener la separación de las funciones. En el año 1964 el Consejo de Estado adquirió plena competencia sobre las controversias surgidas en las relaciones de la administración y los administrados.

En vigencia del Código Contencioso Administrativo (1984, Decreto 01, art. 82) se contempla como criterio de competencia las controversias surgidas por actos y hechos de las entidades públicas y los particulares en cumplimiento de las funciones públicas. En este sentido, recae sobre el ejercicio de funciones dentro de lo que se entiende por entidad pública, es decir que hay un criterio material en la reforma introducida por el Decreto 2304 (1989) y se utiliza la expresión actividad, pero se mantiene el criterio de entidad pública. En ambos casos se conserva el ejercicio de funciones públicas por particulares. Ahora bien, en la modificación introducida por la Ley 446 (1998) se amplió el objeto de la jurisdicción, dejando claro que el ejercicio de las funciones en control será el ejercicio de las funciones del público en todo el Estado. Esto significa que ya no importa la naturaleza de la entidad sino que se examina el ejercicio de la función.

Con la expedición de la Ley 1107 (2006) se asienta la posición del criterio orgánico, es decir que se abandona el ejercicio de las funciones administrativas e impera el criterio de tenerse y entenderse una entidad pública, tal como se ve cuando establece la competencia de los asuntos llevados por las sociedades de economía mixta con capital superior al cincuenta por ciento (50 %) (Manrique, 2010).

El objeto de la jurisdicción sufre una modificación con la expedición de la Ley 1437 (2011), en la cual se hace una gran transformación y mezcla varios criterios con fines de determinar el conocimiento de ciertos asuntos por parte de la jurisdicción. Ello se infiere de la lectura del inciso 1 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), como lo menciona Arboleda (2011): “Para estructurar la regla general, utiliza la norma tres criterios diferentes, uno estrictamente legal,

otro el del régimen jurídico aplicable al origen de la controversia, y por último el criterio orgánico” (p. 164).

Con esta disposición se da apertura a diferentes criterios con fines de determinar la competencia de la jurisdicción, ya que se admiten varios para lograrla definir. Si se presentase un supuesto derivado de expresa estipulación en la Constitución Política y legislativa, la norma expresamente establece un segundo criterio que tiene en cuenta la naturaleza de las diferentes manifestaciones y asuntos del ámbito del derecho administrativo, y el tercero es la reiteración del criterio orgánico, tal como se contempló en la Ley 1107 (2006).

La Ley 1437 (2011) parece hacer precisiones frente a la competencia para dirimir los conflictos derivados de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, tal como se desprende del numeral 3, artículo 104 del CPACA, en el cual se habla de “Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”. Como se observa, en esta disposición hay interés por hacer uso e inclusión de cláusulas exorbitantes, sin importar la naturaleza ni composición del capital social de la empresa prestadora de servicios públicos, tal como lo afirma Arboleda (2011).

En este sentido, frente a los casos en que los actos que se someten a control de legalidad son verdaderos actos administrativos, ya sea por autorización expresa de la ley, como ocurre en el caso de las cláusulas excepcionales, o por virtud de la interpretación de los criterios propios del régimen especial, corresponde esa naturaleza tal y como sucede con el registro presupuestal. Inequívocamente, el conocimiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por disposición expresa de los numerales 2 y 3 del artículo 104

del CPACA (Ley 1437, 2011),¹⁷ en concordancia con lo señalado en el artículo 141¹⁸ que regula el medio de control de controversias contractuales y expresamente se refiere a la pretensión de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, frente a los actos negociales y no administrativos, como se ha analizado en este artículo, su conocimiento sigue correspondiendo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En el caso de los actos precontractuales, mediante el medio de control de reparación directa (artículo 140 del CPACA), por tratarse de actuaciones en desarrollo en el proceso de formación del contrato, su control se deberá realizar a partir de la configuración de la existencia de un daño antijurídico generado a partir de la posible transgresión de reglas dispuestas en los artículos 1603 del Código Civil y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. En estos se regula la etapa de la formación de la voluntad contractual, teniendo en cuenta que, en su numeral primero, el artículo 104 de la Ley 1437 otorga el conocimiento de la jurisdicción en los casos de responsabilidad extracontractual, sin importar el régimen aplicable.

Finalmente, en los eventos de actos producidos en la ejecución del contrato y en forma posterior a su terminación, su control corresponderá realizarlo a través del medio de controversias contractuales. Sin embargo, en esta oportunidad ya no se hace utilizando la pretensión de nulidad de los actos sino la del incumplimiento del contrato, en tanto que la

¹⁷ De acuerdo con la Ley 1437 (2011, artículo 104) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esta se encuentra instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al Derecho Administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. (...)
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

¹⁸ Ley 1437 de 2011. Artículo 141. *Controversias contractuales*. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes

naturaleza misma del acto no implica su control por vía de las causales taxativas de nulidad previstas para alegar sus vicios. Corresponderán a decisiones enmarcadas en las reglas del derecho común y, por ende, su juzgamiento se deberá ajustar a dichas previsiones. De hecho, el mismo artículo 104 del CPACA en su numeral 2 apropia el conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de manera genérica a los contratos de una entidad pública, cualquiera que sea su régimen aplicable.

Así, se concluye que en la actividad contractual de las ESP oficiales resulta imposible generalizar la cualificación de sus decisiones unilaterales como actos mercantiles o administrativos. Además, pueden existir decisiones que, por su condición y finalidad, se encuentran amparadas con el ejercicio de función administrativa claramente definida por el legislador. En los demás casos, necesariamente los actos jurídicos desplegados por las ESP oficiales corresponderán a manifestaciones negociales sometidas a las reglas propias de derecho privado, tal y como se ha delimitado en los acápites desarrollados en el presente trabajo.

Conclusiones

Una vez realizada la categorización de los actos expedidos en la actividad negocial de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, se pueden destacar las siguientes conclusiones:

- De acuerdo con lo señalado y estudiado a lo largo de este documento, si bien la clasificación de actos de las empresas de servicios públicos oficiales en materia contractual no se aleja de la categorización doctrinal existente frente a los actos expedidos en el marco del Estatuto General de Contratación, sí resulta relevante identificar la naturaleza jurídica de cada una de éstas determinaciones atendiendo a las reglas de interpretación establecidas en el régimen especial de servicios públicos domiciliarios.

- Tratándose de las decisiones relativas a la asignación de la competencia para contratar en cabeza del representante legal de la entidad, así como de la delegación o desconcentración de funciones, ante la ausencia de regulación expresa sobre la materia en la Ley 142 de 1994 y en el derecho común, resulta pertinente aplicar lo señalado por la Ley 489 de 1998 (artículo 84); en tal sentido, este tipo de determinaciones no pueden tener un carácter jurídico distinto al de verdaderos actos administrativos.
- Frente a los actos expedidos por los órganos sociales de las empresas de servicios públicos oficiales mediante los que se expiden los manuales de contratación, así como los actos preparatorios a la celebración del contrato, de manera opuesta a la postura que hasta ahora ha asumido la jurisprudencia contenciosa administrativa al considerarlos como actos administrativos, estos corresponden a actos mercantiles. Las facultades y limitaciones de quienes administran y/o representan legalmente la compañía, así como la responsabilidad de las decisiones previas a la aceptación de la oferta, encuentran una regulación expresa en las normas del Código de Comercio y resulta imposible variar su naturaleza, so pretexto de la aplicación de los principios constitucionales y legales que les resultan aplicables.
- Siguiendo la línea argumentativa planteada a propósito de los actos contractuales y poscontractuales que incorporen decisiones relativas a la resolución o terminación del contrato, declaratoria de siniestro, imposición de multas o liquidación unilateral, estas determinaciones no pueden catalogarse como actos administrativos. Lo anterior en razón a que su tratamiento debe corresponder al de meros actos negociales que deberán judicializarse bajo las reglas propias del derecho civil y comercial, y relativas al incumplimiento del contrato.
- Ahora bien, en la actividad contractual de las ESP oficiales resulta imposible generalizar la cualificación de actos como actos mercantiles, en tanto que existen decisiones en aspectos presupuestales que no encuentran reglamentación en el

régimen especial de los SPD. Esto tampoco sucede en las reglas del derecho común, circunstancia que implica la aplicación de las normas propias del derecho público, tal y como ocurre con el registro presupuestal que se constituye en verdadero acto administrativo (no negocial).

- La pertinencia de categorizar e individualizar la naturaleza de los diferentes actos jurídicos que expiden la empresas de servicios públicos oficiales cobra especial relevancia, teniendo en cuenta la incertidumbre que enfrentan los extremos negociales de estas entidades que, en la práctica, amparados en decisiones que en su criterio ostentan la calidad de actos administrativos, terminan en condición de superioridad, imponiendo el carácter ejecutorio, la eficacia y la presunción de legalidad frente al principio de consensualidad que debe primar en este tipo de relaciones sometidas al derecho privado.
- El conocimiento de las controversias que se susciten por la expedición de los actos jurídicos expedidos en el marco de la actividad contractual de las empresas de servicios públicos oficiales corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, independientemente de la naturaleza jurídica de dichos actos; sin embargo, su identificación será determinante para establecer el tipo de medio de control y pretensión que se deberá utilizar para ventilarlos ante la jurisdicción.

REFERENCIAS

Doctrina

Arboleda, E. (2011). Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Legis.

- Arias, F. (2012). Conflictos contractuales de operadores de servicios públicos en la Ley 1437 de 2011: ¿plenitud del criterio organicista? *Revista digital de derecho administrativo*, 8, 41-67.
- Arias, F. (2010). Servicios públicos domiciliarios, análisis de la jurisdicción coactiva bajo el marco de la libre competencia económica. Tunja: Editorial Ibáñez.
- Arias, L. (2008). Problemas de aplicación del seguro de responsabilidad civil profesional en su modalidad de responsabilidad médica. *Revist@ e – Mercatoria*, 7 (2), p 1-47.
- Ariño, G. (2003). Principios de derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa, C. (2006). Servicios públicos domiciliarios, proveedores y regímenes de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa, C. (2009). El régimen contractual en el sector de los servicios públicos domiciliarios. En J. O. Santo y J. L. Benavides (Comps.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa, C. (2010). Contratación de empresas estatales en sector de los servicios públicos. En *Temas en Contratos Estatales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké
- Atehortúa, C. (2012). Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial. Medellín: Diké.
- Balbin, F. (2014). Manual de derecho administrativo. Buenos Aires: Ed. La ley.
- Bastidas, H. (2014). La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos contexto. *Revista de derecho y economía*, 41, 51-65

- Bernal, P. y Cubillos, L. (2013). Análisis crítico del amparo de buen manejo de anticipo, de cara a las facultades exorbitantes de la Administración en Colombia. *Revista ibero-latinoamericana de seguros*, 39 (22), 113-161.
- Braconnier, S. (2017). Los poderes unilaterales de la administración en los contratos públicos, en Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. En *XVIII Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2005). El contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado Colombia.
- Betancur, M. (2009). Reconfiguración territorial y servicios públicos en Antioquia. *Revista Controversia*, 195, 244 - 285 Recuperado de: <https://www.revistacontroversia.com/index.php?journal=controversia&page=article&op=view&path%5B%5D=73&path%5B%5D=71>
- Blanquer, D. (2013). Los contratos del sector público. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Calderón, J. (2011). La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Temis.
- Camero, G. (2006). Derecho administrativo francés: dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa. *Revista electrónica de derecho*, (3), 1-20
- Cárdenas, J. (2003). Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cardona; Gaviria; Piedrahíta y Salazar, (2004). Servicios públicos domiciliarios. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana*, 103,

p. 73-124 Recuperado de:
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6701>

Chabas, C. (2002). *L'inexécution licite du contrat*. París: Bibliothèque de Droit privé.

Carro, J. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (193), 11-44.

Castaño, D. y Montaña, A. (2010). Ley 142 de 1994, disposiciones complementarias y jurisprudencia de constitucionalidad concordada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Castro, J. (2010). Régimen de prestación de los servicios publicos domiciliarios, de acueducto, alcantarillado y aseo. Bogotá D, C: Grupo editorial Ibáñez

Correa, M. (2008). Libertad de empresa en el Estado social de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cuervo, G. (2005). Servicios públicos domiciliarios en Colombia: la reforma diez años después. *Territorios*, 14, 57-55.

De Vivero, F. (2004). La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. *Revista de Derecho Público*, (17), 123-148.

Domínguez, G. e Higueta, L. (2002). El nuevo control fiscal. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Durango, L. (2005). El contrato de condiciones uniformes de servicios públicos domiciliarios (Teoría y práctica). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Expósito, J. (2003). La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y el español: análisis de la selección de contratistas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Franco, O. (2010). La contratación administrativa: Bogotá: Editorial Leyer.

Gallo, E. (1987). La tradición del orden social espontáneo: Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith. *Revista Libertas IV*, Recuperado de: <http://institutoamagi.org/download/GalloEzequiel-Latradici%C3%B3ndelordensocialespont%C3%A1neoAdamFergusonDavidHumeyAdamSmith.pdf>

Gómez, I. (2010). Historia y actualidad en nuestra contratación pública. En J. Benavides y J. Santofimio, *X Jornadas de derecho administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*. Bogotá: Externado de Colombia.

Güecha, N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Revista Opinión Jurídica*, 5 (10), p 33-47. Recuperado de internet <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/128>

Güecha, N. (2007). Contratos administrativos. Control de legalidad de los actos precontractuales. Tunja: Editorial Ibáñez.

Grueso, M. (2011). Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación. *Revista Universitaria Republicana*, p 53-51.

Guerra, G. (2004). Servicios públicos en Colombia. Evolución histórico-administrativa. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Hinestrosa, F. (2007). Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, A. (2009). La liquidación del Contrato Estatal. *Revista digital de derecho administrativo*. 1-15. Universidad Externado de Colombia.

- Hernández, P. (1999). Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Bogotá: Legis.
- Herrera, B. (2004). Contratos Públicos. Segunda reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- Ibagón, M. (2014). El principio de Estado de derecho y los contratos estatales, la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Manrique, A. (2010). Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado colombiano. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario.
- Marín, F. (2006). La contratación de las empresas de spd. Evaluación del tema y perspectivas legislativas. *Letras Jurídicas*, 11 (1), 63-98.
- Marín, F. (2010). Los servicios semi- públicos domiciliarios. Bogotá: Temis.
- Mármol, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Revista Academia & Derecho*, 4 (7), 145-169.
- Mejía, M. A (2014). Nuevo sistema de compras y contratos de la administración pública, comentarios al decreto 1510 de 2013 manuales y guías de Colombia compra eficiente. Segunda Ed. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá DC.
- Mendoza, A. (1998). Los contratos de las empresas de servicios públicos. *Revista de Derecho*, 10, 37-49.

- Molano, M. (2005). Transformación de la función administrativa. Evolución de la Administración Pública. *Colección Profesores 37*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana.
- Monsalve, V. (2014). Responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Montaña, A. (2005). El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: 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*, 3, 163-190
- Montaña, A. (2010). Fundamentos de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Navia, F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de derecho privado*. 14 (jun. 2008), 35-68.
- Neme, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de derecho privado*, (11), 79-126.
- Ochoa, O. (2014). Aspectos relevantes del régimen presupuestal de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas. *Revista Punto de vista*, (8), 7-22.
- Osorio, N. (2009). Autonomía de la voluntad y joint venture en la contratación estatal. Cartagena: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ossa, J. (2009). Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. Bogotá: Ed. Legis.

- Ospina, G. (2008). Régimen general de las obligaciones. Bogotá: Editorial Temis.
- Oviedo, J. (2008). La formación del contrato, tratos preliminares, oferta, aceptación. Bogotá: Editorial Temis.
- Palacio, J. (2006). Régimen Contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX (18), 3 - 32.
- Palacio, J. (2010 a). Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Palacio, J. (2010 b). La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Palacio, H. (1999). El derecho de los servicios públicos. Bogotá: Derecho Vigente.
- Palacio, M. (2004). Cláusulas excepcionales. *Revista de derecho público*, (17), 101-110
- Peña, L. (2012). Contratos mercantiles nacionales e internacionales. Bogotá: Ed. Editorial Temis.
- Pino, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prada, J. (2012). ¿Qué son las empresas mixtas de servicios públicos? El discurso del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos. *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales latinoamericanas*, 3 (5), 76-92.
- Pulido, J. (2013). Servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

- Ramírez, M. (2010). Los servicios públicos en la legislación actual. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (122), 171-190. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13578/12871>
- Restrepo, M. (2010). Globalización del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Retortillo, S. (1996). Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. *Revista de administración pública*, 140, 25-44.
- Rivero, J. (2006). Derecho administrativo. París: Dalloz.
- Rodríguez, L. (2015). Estructura del poder público en Colombia. Bogotá : Editorial Temis.
- Rodríguez, L. (2017). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez, J. (2009). Las prerrogativas de la administración en los contratos de las Administraciones Públicas. *Revista de Derecho Público*, (107), 197-213.
- Sánchez, M. y Usaquén, M . (2012). Economía de los servicios públicos domiciliarios, más allá del mercado y del Estado. *Equidad & Desarrollo*, 17, 31-56.
- Sandoval, L. (2009). Contratación estatal y contratación en salud del Estado colombiano. Compendio teórico-práctico. Bogotá D, C: Grupo Editorial Ibáñez.
- Santaella, H. (2014). Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente expuesta. La constitucionalización del derecho administrativo. En *XV jornadas*

internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En J. L. Benavides y J. O. Santofimio, *Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Serrano, S. (2015). La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público*, (34), 4-28.

_____. (2016). La empresa pública en la prestación de servicios públicos domiciliarios. Una aproximación a su régimen contractual general. *Revista de Derecho Público*, (36), 4-32.

Silva, E. (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado*. Chile: Editorial jurídica.

Smith, A. (1776). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.

Solano, J. (2010). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Suárez, T. (2010 b). Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la Contratación Estatal. En *Temas de contratos estatales*. Medellín Colombia: Biblioteca Jurídica Diké - Incoes.

- _____ (2010 a). Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. *Transformaciones-tendencias del derecho administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Tabarquino, R. (2011). Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: una mirada desde la ciencia de la política pública y la regulación. Recuperado de: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2011c/997/indice.htm>
- Tafur, A. (1996). La huida de la Administración hacia el derecho privado en Colombia. En *Ensayos jurídicos liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Torres, L. (2014). Incentivos para el incumplimiento en la contratación estatal: un análisis desde la Teoría de juegos. *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, (42), 97-124.
- Vidal, J. & Molina, B. (2016). Derecho administrativo. 14 Ed: Universidad de Medellín & Legis
- Vitta, C. (1955). *Diritto Amministrativo* (Vol. II). Turín: Unione Tipografico editrice torinese.
- Younes, D. (2016 a). Estructura del Estado y entes descentralizados. Bogotá: Ibáñez
- Younes, D. (2016 b). Curso de derecho administrativo. Bogotá: Editorial Temis

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (2016, 24 de octubre), Sentencia 45.607, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, (2000, 6 de abril), C.E 1263, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, (2010, 29 noviembre) C.E. 2040 M.P William Zambrano Cetina

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, (2013, 10 octubre) C.E. 2157. M.P. Álvaro Namén Vargas.

Consejo de Estado, (1997, 23 de septiembre), Sentencia 701, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo, (2012, 1º de marzo), Sentencia 17907, C.P. William Giraldo Giraldo.

Consejo de Estado, (2011, 13 de abril), Sentencia 0280, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sección Primera, (2001, 1º de febrero), Sentencia Exp. 6375, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado, (2015, 06 de julio), Sentencia 40789, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, (2006, 06 de abril), Sentencia 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188), C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, (2013, 24 de julio), Sentencia 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, (2011, 13 de abril), Sentencia 37423, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, (2008, 30 de julio), Sentencia 2303, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, (2008, 19 de junio) , Sentencia 19001-23-31(AP) Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado, (2006, 08 de junio), Sentencia 11001-03-26-000-2005-00007-00(29476), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, (2016, 24 de octubre), Sentencia 45607, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, (2014, 27 de noviembre), Sentencia Exp. 2012-00533-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (2017, 20 de febrero), Sentencia 56.562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, (2013, 9 de septiembre), Sentencia 25681, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, (2017, 19 de julio), Sentencia 57.394., C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (2017, 20 de febrero), Sentencia 56.562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, (2013, 24 de octubre), Sentencia 24.697, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, (2001, 24 de mayo), Sentencia 13.598, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (2017, 20 de febrero), Rad. 050012331000200304466 02 (56.562), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional de Colombia, (2005, 1º de febrero), Sentencia C 060, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, (2001, 04 de octubre), Sentencia 1051, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, (2010, 05 de agosto), Sentencia T – 614, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, (2014, 17 de marzo), Sentencia T-163, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia, (08 de febrero de 2006). Sentencia C-075-2006. MP. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional de Colombia, (2000, 08 de junio), Sentencia C- 666, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, (1995, 23 de febrero), Sentencia C- 069/95, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia, (1997, 11 de febrero), Sentencia C- 066/97, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1999, 04 de mayo), Sentencia T- 295/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, (1994, 01 de diciembre), Sentencia C- 544/94, M.P. Jorge Arango Mejía.

Normatividad

Constitución

Constitución Política de Colombia (1991).

Leyes

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.. Octubre 28 de 1993. DO 41.094.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. DO 41.433.

Ley 143 de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Julio 12 de 1994. DO 41.434.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO 42.156.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 8 de 1998. DO 43335.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1998. DO 43.464.

Ley 689 de 2001. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Agosto 31 de 2001. DO 44537.

Ley 1107 de 2006. Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998. Diciembre 27 de 2006. DO 46494.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO 46.691.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO 47.956.

Ley 130 de 1913. Sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Febrero 9 de 1914. DO 15123.

Decretos

Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el código contencioso administrativo. Enero 10 de 1984. DO 36439.

Decreto 2304 de 1989. Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo. Octubre 7 de 1989. DO 39013.

Decreto 1524 de 1994. Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 1994. DO 41453.

Decreto 111 de 1996. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto. 18 de enero de 1996. DO 42692.

Decreto 115 de 1996. Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras. Enero 18 de 1996. DO 42692.

Resoluciones

Resolución 09 de 1994. Comisión de Regulación de Energía y Gas. Por la cual se dictan disposiciones sobre contratos de energía eléctrica durante el periodo de transición hacia un mercado libre y se modifica parcialmente el Acuerdo Reglamentario para el Planeamiento de la operación del Sistema Interconectado Nacional. Diciembre 17 de 1994.

Resolución 136 de 2000. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Por la cual se dictan medidas tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico. Julio 6 de 2000. DO 44070.

Resolución 151 de 2001. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Enero 23 de 2001. DO

Resolución 293 de 2004. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por la cual se establecen disposiciones para la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo. Agosto 02 de 2004. DO 45628