

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

Autor:

DIANA CAROLINA DAZA VALLEJOS

FECHA DE RECEPCIÓN: 28 DE ABRIL DE 2008
FECHA DE APROBACIÓN: 12 DE MAYO DE 2008

Resumen.

El presente documento, es un artículo elaborado con base en la Tesis presentada como requisito de grado para acceder al título de Abogado. El contenido del escrito que a continuación se presenta, busca establecer una solución acertada a los conflictos de competencia suscitados entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto del conocimiento de las controversias contractuales en que son parte las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas.

El análisis obtenido, proviene, primero, de una atenta labor de interpretación legal, y segundo, de un minucioso seguimiento a los lineamientos jurisprudenciales adoptados por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

Palabras clave.

Jurisdicción, Competencia, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, Sociedades de Economía Mixta, Criterio orgánico de competencia y Estructura orgánica del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva.

Abstract.

The present document is an article based on the Thesis displayed as a degree requirement to receive the Lawyer title. The content of the document looks for provide a correct solution with regard to conflicts of competition provoked between the Ordinary Jurisdiction and the Administrative Contentious Jurisdiction, about the competition to know the contractual controversies in which one part, is a Mixed Company of Domiciliary Publics Services.

This analysis has been gotten, as a result, first at all, from a detailed work of legal interpretation, and second, from a meticulous research of the Court decisions adopted by the Consejo de Estado (High Court for the Administrative controversies in Colombia) and the Corte Constitucional (High Court for the Constitutional controversies in Colombia)

Key words.

Jurisdiction, Competition, Companies of Domiciliary Publics Services, Societies of Mixed Economy, Organic Criterion of Competition and Organic structure of the decentralized by services sector of the Executive Branch.

Introducción.

La inquietud principal que dio lugar al desarrollo de este trabajo de investigación, es *la importancia constitucional que reviste la prestación de servicios públicos domiciliarios*, que deviene en *la importancia que tiene el tratamiento y la solución de sus controversias en instancias judiciales*, estas dos razones han sido causa de innumerables conflictos académicos y judiciales entre litigantes, entre estos y jueces, y entre éstos mismos, todo como consecuencia, o del silencio del legislador o de la errónea interpretación que se ha hecho de las leyes que rigen la materia. De acuerdo a lo anterior, es importante contribuir a esclarecer el tema en comento, cuya solución respondería a una pregunta concisa, a saber: *¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de los conflictos en que se parte una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta?*

Respecto del concepto de jurisdicción, es importante aclarar, que aquí lo manejaremos, no en el entendido como la facultad conferida a todo juez de la República¹, sino como un presupuesto procesal² de los que ha definido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como una verdadera falta de competencia judicial para resolver un litigio.

El conflicto de jurisdicción para el caso que nos ocupa, es aquel que se ha generado entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, cada vez que han tenido que resolver controversias contractuales e inclusive extracontractuales en que son parte las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios - en adelante ESP - conflictos éstos, que reiterativamente han tenido que ser dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura³.

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

¹Este concepto, considero es el verdadero concepto de jurisdicción y en ese sentido debería ser utilizado. Sin embargo, así no ha sucedido, pues en efecto el Constituyente y el legislador parecen equiparar el concepto de jurisdicción al de competencia, en repetidas ocasiones. En este sentido ver Acero Luis Guillermo. Teoría aplicada de la jurisdicción, 2004

² Se debe recordar aquí que los presupuestos procesales acogidos por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia son cinco: la jurisdicción, la competencia, la capacidad procesal, la demanda en forma y la capacidad para ser parte.

³ Ver Colombia, Consejo Superior de la Judicatura. (2005, junio) "Providencia de 01 de junio" y Consejo Superior de la Judicatura. (2005, mayo) "Providencia de 25 de mayo", entre otras. Al C.S.de la J. le corresponde dirimir esta clase de conflictos de acuerdo al artículo 112, numeral 2° de la ley 270 de 1996.

I. Controversias contractuales en que son parte las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP-

1. Los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios – Excepción al régimen de la Ley 80 de 1993. –

La ley 80 de 1993 pretendió venir a llenar los vacíos que durante años se habían hecho evidentes en la aplicación del decreto 222 de 1983 - anterior legislación que imperaba en esa materia - mediante la promulgación de un único estatuto de contratación aplicable en todos los niveles del sector descentralizado. De esta manera, eliminó la distinción hecha por el decreto 222, entre contrato de derecho privado y contrato administrativo, para hablar de un solo contrato: el estatal. El propósito unificador pretendido por la ley 80, fue tan magnánimo como efímero; un solo contrato, un solo régimen y un solo juez en materia contractual, fue lo último que se logró con la expedición del Estatuto General de Contratación.

En el mismo articulado de la ley 80, se establecieron una serie de contratos que continuarían sometiéndose a su propio régimen, o mejor, a un régimen especial por fuera del estatuto general de contratación; de igual manera, la ley 80 estableció que por voluntad del legislador, se podrían imponer regímenes especiales para ciertos contratos, que también se ubicarían por fuera del ámbito de aplicación de ese estatuto, situación que así se hizo evidente, para el régimen de los servicios públicos domiciliarios con la expedición de la Ley 142 de 1994.

2. Los servicios públicos como función económica y el criterio material determinante de la competencia judicial.

Lo que nos atañe en el presente estudio, es resolver la situación frente a controversias contractuales, puesto que en materia extracontractual el Consejo de Estado unánimemente y sin mayor debate, había determinado que era la jurisdicción ordinaria la que debía conocer las demandas instauradas en contra

de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ya que no existía norma expresa de competencia para éstos asuntos, debiendo ser remitidos al juez ordinario.

Sin embargo, en un asunto que resolvió una controversia de tipo extracontractual, se abordó el tema del criterio material adoptado por el legislador en la cláusula general de competencia (Artículo 82 C.C.A.), para determinar la jurisdicción competente, así:

En materia contractual, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se establece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993; no obstante, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 prevé que, en ciertos casos, no tiene aplicación el estatuto de contratación administrativa y, en esta medida, no tendría aplicación el artículo 75 mencionado. En tales eventos, la competencia se deberá establecer acudiendo al Código de Procedimiento Civil, que, en su artículo 16, señala que los jueces del circuito son competentes para conocer los procesos contenciosos de mayor y menor cuantía en los que sean partes las entidades públicas allí señaladas, “salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa”, lo cual, claro está, obliga a recurrir al artículo 82 del C.C.A., para determinar si la controversia de carácter contractual es de competencia de esta jurisdicción. Adicionalmente, habrá que verificar si no hay una norma, de carácter especial, que atribuya la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.⁴

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

⁴ Colombia, Consejo de Estado (2005, febrero), “Auto de 17 de febrero en el expediente 27673”, C.P. Hernández, Aliér Eduardo, Bogotá.

discusión, se encuentra hoy ampliamente superada, la Constitución y la ley han hecho claras diferenciaciones entre una y otra. La Carta Magna, por ejemplo, reguló el tema de los servicios públicos dentro del *régimen económico y de hacienda pública* (Título XII) y el de la función pública dentro de la *Organización del Estado* (Título V), a diferencia de la Carta Política de 1886 en donde la utilización de los términos servicio público y función administrativa se manejaban indiscriminadamente.⁵

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

Así las cosas, las empresas prestadoras, sólo cumplen función pública en algunos eventos y estrictamente dentro del marco legal; en desarrollo de esa anómala y ocasional función pública, se elimina el pie de igualdad con los particulares, así sucede con eventos como el establecimiento de cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios públicos y la facultad de hacerlas efectivas (Artículo 31, Ley 142 de 1994), la imposición de sanciones (Artículo 81, 142 y 147 Ley 142 de 1994), etc. En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado:

Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como función pública. Esta concepción se explica

⁵ Colombia, Constitución Política de 1886. Artículo 7.- Fuera de la división general del Territorio habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público. De igual manera en el Título V, denominado "De los poderes nacionales y del servicio público" se regulaba este último tema en el entendido de función administrativa.

si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad.⁶

Y la doctrina, en el mismo sentido:

No toda actuación del proveedor de los servicios públicos lleva implícita la función pública, es sólo cuando el proveedor de los servicios públicos en desarrollo de la Ley, ejerce un acto de autoridad, o coloca al usuario en relación de subordinación cuando estamos en presencia de este tipo de actuación (...)

La prestación del servicio público lleva asociado el ejercicio de potestades públicas, pero la prestación del servicio en sí mismo no es una función estatal, como tampoco lo son muchas de las actividades que realizan los proveedores.⁷

Es fundamental la concepción de servicio público como función económica, ya que a partir de ella, se concluía que no había litigio administrativo donde no hubiese función de la misma naturaleza, y en consecuencia, no existía tampoco, competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer esos asuntos.

3. El criterio orgánico determinante de la jurisdicción competente.

La cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 82 del C.C.A.) fue modificada por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, en el sentido de que ésta eliminó la palabra administrativos que calificaba los litigios que debían ser conocidos por la jurisdicción de lo

⁶ Colombia, Consejo de Estado (2005, febrero) "Auto de 17 de febrero en el expediente 27673", C.P. Hernández, Aliér Eduardo, Bogotá.

⁷ Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. (2003). Servicios Públicos Domiciliarios: Legislación y jurisprudencia (1ª ed). Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE. Págs. 46, 51 y 56.

contencioso administrativo, quedando la clausula general de competencia establecida de la siguiente manera: **“La jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%...”**

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

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

La ley 1107 de 2006, eliminó de plano el criterio material que hasta el momento había determinado la jurisdicción competente, y acogió definitiva y sanamente el criterio orgánico. Este último, consiste básicamente en la identificación de la naturaleza jurídica de las entidades parte dentro de una controversia para así poder definir el juez competente; es decir, que siempre que en un litigio una de las partes este conformada por una o más entidades públicas, el juez que deberá conocer es el CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, bastaba entonces con remitirse al artículo 38 de la ley 489 de 1998⁸, y si una de las partes

⁸ En el artículo 38 de la ley 489 de 1998, el legislador estableció los organismos y entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público.

encajaba en la naturaleza de los entes allí relacionados, no había duda, la jurisdicción era la contenciosa. La exposición de motivos de la ley 1107 de 2006, es clara tratándose del propósito perseguido:

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

(...)

La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia.⁹

II. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional frente al tema.

1. Consejo de Estado

Para el Consejo de Estado, como lo ha manifestado tal corporación en reiteradas providencias¹⁰, el conocimiento de las controversias contractuales en que sea parte una ESP, siempre que sea oficial o mixta deberá corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, excluyendo las ESP privadas, que no hacen parte de la rama ejecutiva y en consecuencia están sometidas a la jurisdicción ordinaria. El Consejo de Estado, afirma que las ESP mixtas no se

⁹ Colombia, Congreso de la República (2005). Proyecto de ley número 69. Ponente: Martínez Betancourt, Darío. Bogotá, Gaceta del congreso 538.

¹⁰ Entre otras, ver: Auto de febrero 17 de 2005, CP. Aliér E Hernández Enríquez. Exp. 27673; Sentencia de marzo 2 de 2006, CP. Aliér E. Hernández Enríquez, Exp. 32.302; Sentencia de abril 27 de 2006. CP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 30.096.; Sentencia de marzo 1 de 2006. CP. Aliér E. Hernández Enríquez. Exp. 21700.

diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta (SEM), y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie, en consecuencia las ESP mixtas están incluidas en el literal f) del artículo 38 de la ley 489, que precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y **las sociedades de economía mixta.**”

El anterior entendimiento del H. Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, se fundamenta en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, proveniente del pronunciamiento contenido en la sentencia C-953 de 1999. Dijo la Corte Constitucional en aquella providencia, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97 inciso 2 de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que concurren, forma una sociedad de economía mixta, y por lo tanto esa entidad, pertenece a la estructura del Estado.¹¹

Es decir, que la posición mayoritaria, aunque no unánime¹², del H. Consejo de Estado ha sido entonces, que las ESP mixtas son una especie de SEM, como consecuencia de una aplicación extensiva de la sentencia C-953 de 1999, estableciendo finalmente, que las primeras pertenecen al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva. Frente a esta posición jurisprudencial, nos manifestaremos más adelante, advirtiendo de una vez, que no consideramos que tal interpretación sea procedente en su integridad.

Por supuesto, tales pronunciamientos, que han sido de gran importancia, fueron realizados con anterioridad al pronunciamiento del H. Corte Constitucional, frente a la constitucionalidad del Artículo 14 de la ley 142 de 1994.

¹¹ Colombia, Consejo de Estado (2007, febrero). “Auto de 08 de febrero” C.P. Gil Botero, Enrique, Bogotá.

¹² Se encuentra, que en las providencias dictadas por este alto Tribunal frente al tema en cuestión, siempre hay un salvamento de voto, emitido en el mismo sentido, por parte de la Magistrada de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

2. Corte Constitucional

En efecto, la Corte Constitucional a finales del año 2007, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 14 de la ley 142 de 1994, y en tal pronunciamiento, elaboró una interpretación, que a nuestro modo de ver, sorprende y que adicionalmente, le da un giro completamente diferente a la materia. Extractamos los que se consideran, son los principales argumentos, de este nuevo lineamiento jurisprudencial:

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

(...)

*Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, **antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial,** para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.¹³ (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

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

¹³ Colombia, Corte Constitucional (2007, septiembre) “Sentencia C-736” M.P. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Bogotá.

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

*(...) A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.*¹⁴

(Subrayas fuera del texto)

En el estudio de constitucionalidad parcialmente transcrito, y que resultó en la declaratoria de exequibilidad del artículo 14 de la ley 142 del 94, la Corte, además de esclarecer la naturaleza especialísima de las ESP, dijo que la intención del legislador en tal norma, era en efecto, crear tres nuevas entidades, a saber: *Empresas de Servicios Públicos Oficiales, Mixtas y Privadas*, y que estas últimas, son en efecto, entidades en donde MAYORITARIAMENTE PARTICIPA EL CAPITAL PRIVADO, no donde la totalidad de la composición accionaria, es de particulares.

En consecuencia, para la H. Corte, el conocimiento de las controversias en que sea parte una ESP, sea oficial, mixta o privada – repetimos, entendida esta última como la que posee capital privado mayoritario, no absoluto - siempre radicará en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues para ésta Corporación, se trata de entidades con una naturaleza jurídica única y bien definida.

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

¹⁴ Ibídem

Al respecto encuentra la H. Corte, lo siguiente:

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

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior.¹⁵ (Cursiva y subrayas fuera del texto)

El aporte de esta sentencia es muy valioso, puesto que clarifica el tema de la naturaleza jurídica de las ESP. Ya la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad a la que de una u otra manera debe reconocérsele su experiencia en el tema, había sostenido con anterioridad, y en repetidas ocasiones¹⁶, que las ESP mixtas no podían asemejarse a las SEM, ya que estas entidades gozaban de naturalezas diferentes.

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

No parece haber problema jurídico alguno, frente al tema de las ESP oficiales, pues en efecto el legislador las contempló concretamente en el artículo 38 de la ley 489, y en virtud del criterio orgánico, la competencia para conocer sus controversias es del juez contencioso. Tampoco existe mayor dificultad, respecto de las ESP verdaderamente privadas, en las que efectivamente no

¹⁵ *Ibídem*

¹⁶ Ver Conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Nos. OJ-2005-597, OJ-2005-159 Y OJ-2005-275.

hay participación estatal, dado que sus controversias, terminarán por cursarse ante la jurisdicción ordinaria.

El conflicto se circunscribe entonces, a las ESP mixtas. Entidades incluidas jurisprudencialmente a la Rama Ejecutiva, tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, atendiendo ambas corporaciones, interpretaciones con fundamentos de derecho diferentes.

El Consejo de Estado, aduce que las ESP mixtas son una clase de SEM, interpretación ésta, que no puede ser procedente, dado que estas dos clases de entidades, no son equiparables, porque la naturaleza que las informa es diferente, y pese a que la potestad exclusiva de regular su tratamiento radica en cabeza del legislador, debemos empezar por decir, que dicha facultad proviene de una disposición constitucional diferente. En ese orden de ideas, mientras la potestad reguladora de las SEM está dada al órgano legislativo en el artículo 150 numeral 7 de la C.P., para el régimen de servicios públicos, aquella está contenida en el artículo 365 y siguientes de la Carta. A lo anterior debemos sumarle, que el objeto social de las SEM es el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial, cualquiera de las que se trate, mientras que el de las ESP es único: la prestación de servicios públicos domiciliarios o una de sus actividades complementarias o una y otra cosa.

La Corte Constitucional en la sentencia C – 736 de 2007, es clara en este sentido, como ya se referenció en párrafos anteriores: las ESP mixtas no son una clase de SEM. Sin embargo, en esa misma sentencia, esa corporación vino a crear una nueva situación jurídica susceptible de controversia, pues incluyó a las ESP privadas definidas en el artículo 14 de la ley 142, en el sector descentralizado por servicios, aduciendo que en ellas existe efectivamente capital público, y atendiendo, en nuestro concepto, un criterio primordialmente exegético y no lógico¹⁷, como contrariamente lo pretende hacer ver, el contenido de la sentencia C-736.

¹⁷ Recordemos al profesor ARTURO VALENCIA ZEA quien en su libro Derecho Civil: "Parte general y personas". Editorial TEMMIS. Decimoquinta edición. Bogotá, 2002. Pág. 113 manifiesta que el uso del método lógico implica averiguar lo que el legislador quiso al elaborar el

Para esclarecer este punto, parece conveniente recordar la redacción del inciso segundo del artículo 97 de la ley 489, declarado inexecutable en la sentencia C-953/99: “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social,” y el del artículo 14.6 de la ley 142 de 1994 declarado executable en la sentencia C-736/07: “14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%”.

Ambas normas, contenían una redacción idéntica en su sentir, ¿por qué en el presente asunto a una misma situación de hecho –es decir, respecto de la disposición legal- se aplicó una solución diferente en derecho?

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

texto, los fines que persiguió, las necesidades que pretendió satisfacer.

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

La Corte sostiene en tal sentencia, que caerán en la jurisdicción contencioso administrativa todas las “**empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública**”, esto en efecto crea confusión, una interpretación que sostenga que tanto en las mixtas como en las privadas existe participación pública, desarticula el contenido del artículo 14 de la ley 142 de 1994.

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

Consideramos entonces, que una ESP privada es privada porque en ella no concurre capital público, una ESP es mixta entonces, porque debe concurrir en ella capital privado y estatal, en éste único sentido encontramos muy conveniente y acertado considerar que el pronunciamiento de la sentencia C-953 de 1999 opera para las ESP mixtas, sin embargo, esto no las hace especies de SEM. La ESP seguirá siendo tal, por su objeto, independientemente del capital que la forme, esta última característica –el capital- sólo permite, diferenciar **tres clases** de ESP: las oficiales, las mixtas y las privadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el legislador sólo incluyó a las Empresas de Servicios Públicos Oficiales en el literal *d*) del artículo 38 de la ley 489 de 1998, no es viable entonces, y menos frente a un tema que reviste tan delicada importancia como es el de la jurisdicción, elaborar interpretaciones innecesarias, donde el legislador fue explícito y claro.

Apartándonos de la interpretación del Consejo de Estado, cabe decir, que entre las SEM y las ESP mixtas, no puede existir una relación de género a especie,

dado que estas dos clases de entidades, tan solo comparten una característica de conformación de su capital, que si bien es cierto para las primeras es su característica fundamental, para las segundas no lo es. Ahora bien, entendido que las ESP mixtas no son una clase de SEM, y al no haber sido aquellas contempladas como integrantes de la rama ejecutiva, el conocimiento de sus controversias no puede estar sujeto a la cláusula general de competencia (Art. 82 C.C.A.) de la jurisdicción contencioso administrativa

Ahora, frente a la sentencia C – 736/07, es preciso decir, que las ESP mixtas tampoco pueden entenderse incorporadas al sector descentralizado mediante el literal d) del tan mencionado artículo 38, que hace referencia a las ESP oficiales, porque de haberlo querido así el legislador, hubiese hecho referencia a las **Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios** en forma general, para incluir a cualquier clase de entidad que revista esa forma, sin importar el capital que la componga.

III. Posición doctrinal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

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

las empresas de servicios públicos mixtas conforman una categoría diferente de las sociedades de economía mixta agrupadas dentro del sector descentralizado en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en razón a que de conformidad con el literal d) del numeral 2º del artículo 38 ibídem, las únicas empresas de servicios públicos que integran el sector descentralizado por servicios de la administración pública son las empresa oficiales de servicios

públicos, esto es, aquellas en las cuales la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquella o estas, tienen el 100% de los aportes.¹⁸

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

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

*(...) no tiene competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de los litigios y controversias que se susciten con ocasión de la actividad contractual de las empresas de servicios públicos mixtas en tanto, de conformidad con el citado artículo 82 del C.C.A., tal y como quedó después de la modificación introducida por la ley 1107, la jurisdicción en lo contencioso sólo conoce de controversias y litigios originados en la actividad de entidades públicas y las empresas de servicios públicos mixtas, evidentemente no lo son.*¹⁹

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

¹⁸ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2007) "Concepto SSPD OJ - 199 - 2007"

¹⁹ Colombia, Consejo de Estado (2007) "Salvamento de voto al auto del 07 de febrero" C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

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

*En sentido similar al expresado en este voto particular, la doctrina nacional se ha pronunciado. Así el profesor César Hoyos, luego de realizar un paralelo entre las sociedades de economía mixta y las ESP mixtas, concluyó que estas últimas no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público: “las sociedades de economía mixta son organismos del sector descentralizado por servicios, al igual que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, mientras **las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público**” (se subraya)²⁰ (Negrillas fuera del texto)*

IV. La Ley 1107 de 2006 frente a la Ley 142 de 1994.

La ley 1107 de 2006, preceptuó en el parágrafo del artículo 1º “sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”.

Es importante precisar, para que no haya lugar a confusiones, que aun cuando la ley 1107 de 2006 mantuvo las competencias establecidas en las leyes 712 de 2001, 689 de 2001 y 142 de 1994, éstas últimas, siendo las que nos ocupan, no contienen una regla general de competencia.

²⁰ Ibídem

La ley 142 solo establece tres normas claras y específicas de competencia, que prevalecen sobre la ley 1107 de 2006:

- 1) en la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de los procesos adelantados por el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público (Artículo 130 de la Ley 142),
- 2) en la jurisdicción contencioso administrativa, lo referente a contratos y actos en los que se ejerciten cláusulas exorbitantes (Artículo 31 de la Ley 142) y
- 3) nuevamente en la jurisdicción contencioso administrativa, lo que tenga que ver con las facultades legales y especiales concedidas por la prestación de servicios públicos (Artículo 33 de la Ley 142), tales como el uso del espacio público, la promoción y/o constitución de servidumbres, la ocupación temporal de inmuebles y la enajenación forzosa de bienes requeridos para la prestación del servicio.²¹

En ese orden de ideas, solo en estos tres eventos puede predicarse la existencia de una competencia jurisdiccional atribuida expresamente por el legislador. En los demás casos, será necesario acudir a la cláusula general de competencia contenida en el artículo 82 C.C.A., es decir a la aplicación del criterio orgánico de competencia, que estudiado en conjunto con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, deberá llevarnos a concluir, que ni las ESP privadas, ni las ESP mixtas, pertenecen al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, y en consecuencia, sus controversias deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria.

²¹ En este sentido ver: Colombia, Consejo de Estado (2007). "Auto del dieciocho (18) de julio en el radicado 29.745", CP. **Correa Palacio, Ruth Stella.**

V. Conclusiones

1. El criterio determinante de la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, es el criterio orgánico, que implica la identificación de la naturaleza jurídica de las entidades parte dentro de una controversia, para así poder definir el juez competente. Es decir, que siempre que en un litigio una de las partes este conformada por una o más entidades públicas, el juez que deberá conocer es el CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, conforme a la cláusula general de competencia establecida por la ley 1107 de 2006 que modifico el artículo 32 C.C.A.
2. El primer elemento normativo al que se debe acudir para determinar la naturaleza pública o privada de una entidad es el artículo 38 de la ley 489 de 1998, y si bien es cierto su enumeración no es taxativa, si es la primera que fija el alcance del criterio orgánico de competencia.
3. Las Empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP- son entidades autónomas, de naturaleza propia, reguladas por la ley 142 de 1994, creadas con un objeto único, (la prestación de servicios públicos domiciliarios, que por esencia es una función económica propia de los particulares), que en consecuencia, deben estar establecidas para ese fin particular y por eso, son especialmente vigiladas por el Estado a través de la Superintendencia, de las Comisiones de Regulación y de la misma comunidad.
4. Entre las SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA y las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS no existe una relación de género a especie como lo entendió el H. Consejo de Estado, porque pese a que comparten los lineamientos dados por la corte constitucional en la sentencia C-953 para las SEM, única y exclusivamente respecto de la composición de su capital, la naturaleza jurídica de estas dos clases de entidades es diferente y diferenciable, en

lo que tiene que ver con su régimen, control y vigilancia y principalmente, con su objeto social.

5. Las Empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP- son de tres clases: ***oficiales, mixtas y privadas.***

- 5.1. Las *privadas* son las de composición netamente de particulares,
- 5.2. las *mixtas* son aquellas en que concurren capital privado y público independientemente de su proporción, y
- 5.3. las *oficiales* son aquellas que en un 100% pertenecen al Estado, entidades territoriales y/o entidades descentralizadas.

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

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

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

- 7.1. *Artículo 31 inciso segundo de la ley 142/94:* conocerá la jurisdicción contencioso administrativa, siempre que los actos y contratos contengan cláusulas exorbitantes.
- 7.2. *Artículo 33 de la ley 142/94:* conocerá la jurisdicción contencioso administrativa de los actos desplegados en virtud de las facultades especiales por la prestación de servicios

públicos (servidumbres, ocupación temporal de inmuebles, uso de espacio público, etc.)

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

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

Referencias Bibliográficas

ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. (2004) "Teoría aplicada de la jurisdicción". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. (2003) "Servicios Públicos Domiciliarios: Legislación y jurisprudencia". Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE.

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. (1998) "Elementos básicos del régimen Constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios" Bogotá: Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. (2005) "Instituciones de derecho procesal civil colombiano", tomo I. Bogotá.

MORENO, Luis Ferney. (2001) Servicios públicos domiciliarios. "Perspectivas del derecho económico". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PALACIOS MEJIA, Hugo. (1999) "El derecho de los servicios públicos. Derecho vigente". Bogotá.

PRAT A. Julio. (1986) "Los Servicios Públicos", en: El Derecho Administrativo en Latinoamérica II. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

RODRIGUEZ R. Libardo. (2005) "Derecho administrativo general y colombiano". Bogotá: Temis.

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. (2001) "Actualidad jurídica". Tomo IV. (1ª ed.) Bogotá.

VALENCIA ZEA, Arturo. (2002) "Derecho Civil: Parte general y personas". (15ª ed.) Bogotá: Temis.

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

Documentos Jurídicos

Colombia, Consejo de Estado. (1997, septiembre) "Auto de 23 de septiembre" C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia, Consejo de Estado. (2000, marzo). "Auto de 9 de marzo". C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia, Consejo de Estado. (2001, febrero). "Auto de 8 de febrero". C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia, Consejo de Estado. (2005, febrero). "Auto de 17 de febrero" C.P. Aliér Eduardo Hernández.

Colombia, Consejo de Estado. (2007, febrero). "Auto de 08 de febrero" C.P. Enrique Gil Botero.

Colombia, Consejo de Estado. (2007, julio). "Auto de 18 de julio" C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia, Consejo de Estado. (1997, septiembre) "Concepto del 10 de septiembre de la Sala de Consulta y Servicio Civil". C.P. César Hoyos Salazar

Colombia, Corte Constitucional (1994, agosto) "Sentencia C-357" M.P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional (1994, diciembre) "Sentencia C-585" M.P. Hernando Herrera Vergara

Colombia, Corte Constitucional (1999, diciembre) "Sentencia C-953" MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional (2000, septiembre). "Sentencia C-1162" M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Colombia, Corte Constitucional (2002, abril). "Sentencia C-290" MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional (2002, mayo). "Sentencia C-389" MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional (2003, agosto). "Sentencia C-741" MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional (2007, septiembre). "Sentencia C-722" M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional (2007, septiembre). "Sentencia C-736" M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Colombia, Corte Constitucional (1992) "Sentencia T-578" M.P. Alejandro Martínez Caballero

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (1975, febrero) "Sentencia de 27 de febrero" M.P. LUIS SARMIENTO BUITRAGO

Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2007) "Concepto SSPD OJ - 199 – 2007"

Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2005) "Concepto SSPD OJ -2005-597"

Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2005) "Concepto SSPD OJ OJ-2005-275"

**REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET JUDICANDI
"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"**

http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

E-MAIL: revistainveniendi@correo.usta.edu.co