

A

59223

C O L E C C I Ó N

Documentos SSPD

Régimen de Contratación en Servicios Públicos Domiciliarios

Guillermo Obregón González



Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios**

República de Colombia

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Guillermo Obregón González¹

¹ Asesor de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
Las opiniones aquí expresados son de responsabilidad exclusiva de su autor y no comprometen a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

A-59223

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. (Ley 142 de 1994, Artículo 32).....	13
3. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS ESTATALES (Ley 142 de 1994, Artículo 31).....	20
4. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DEL DERECHO PRIVADO	25
4.1 RÉGIMEN DE CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	25
4.2 CONTRATOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES	29
4.3 CONTRATOS QUE GARANTICEN LA LIBRE CONCURRENCIA	30
4.4 CONTRATOS ESPECIALES.....	32
4.5 CONTRATOS PARA EL OTORGAMIENTO DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO	32
4.6 EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS O CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES.....	34
5. JURISDICCIÓN COMPETENTE	37
5.1 CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	38
5.2 CRITERIO DE LOS "CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES" Y LA FINALIDAD DEL CONTRATO.....	48
5.3 RETORNO AL CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES ...	55
BIBLIOGRAFÍA.....	59

Biblioteca Nacional de Colombia

Depósito Legal ☒ No. 1099

Deposición ☐ Donación ☐

Cesión ☐ Compra ☐

Procedencia

Fecha: 14. Mar 2005

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Cra 18 N 84-35 PBX: 6913005
www.superservicios.gov.co

Diseño y Diagramación
Omar Sánchez - OI Asesora de Planeación SSPD

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá - Colombia, Junio de 2004

60198 543 86109

PRESENTACION

El régimen de los servicios públicos domiciliarios es especial, en la medida en que si bien éstos se prestan en régimen de competencia, tienen una fuerte intervención estatal en cuanto a su regulación y control, con el propósito de que su prestación sea continua, eficiente (artículo 365 de la Constitución Política) y se protejan de manera especial los derechos de los usuarios de estos servicios.

Dada la especialidad del régimen de los servicios públicos domiciliarios y después de 10 años de expedida la Ley 142 de 1994, esta Superintendencia considera necesario para el sector contar con estudios especializados en temas de impacto y de recurrente consulta por los usuarios, entidades públicas y por los prestadores de estos servicios, razón por la cual creó el Centro de Pensamiento Sectorial de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Este Centro tiene como objetivo primordial promover la elaboración, divulgación y consulta de estudios, análisis e investigaciones estratégicas en materia de los servicios públicos domiciliarios que contribuyan al mejor cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas constitucional y legalmente a esta Entidad. Así mismo, el Centro pretende brindar elementos de juicio a los usuarios, prestadores y a personas y entidades nacionales e internacionales, para la toma de decisiones, la identificación de riesgos, el ejercicio de los derechos y deberes en las actividades sectoriales.

En este contexto, se publicarán a partir del presente año estudios especializados en servicios públicos, elaborados por funcionarios de esta Entidad, en los que se identifique rigor metodológico y un exhaustivo manejo de las fuentes de información.

El estudio que se presenta fue elaborado por el doctor Guillermo Obregón, funcionario Asesor de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia, quien durante varios meses se dedicó a la investigación del régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Concluye el Estudio que en virtud de los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994, el régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es de derecho privado, sin importar la naturaleza jurídica de la entidad, esta regla se aplica inclusive a las sociedades en que las entidades públicas tengan participación, sin interesar el porcentaje y, en consecuencia, no están sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

La excepción legal a esta regla se aplica respecto de algunos de los contratos especiales previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994, por ejemplo, los contratos de concesión y para el uso del espectro electromagnético.

Así mismo, se analiza en este estudio, los cambios de posición jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la jurisdicción competente para el juzgamiento de los contratos de las empresas de los servicios públicos.

Esta alta Corporación ha asumido la competencia para conocer de los contratos de estas en los que se incluyan cláusulas exorbitantes y de los contratos de condiciones uniformes. En otras providencias modificó su posición en el sentido de admitir que no sólo estaban sometidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo los contratos que contengan cláusulas exorbitantes sino todos aquellos cuya finalidad este relacionada directamente con la prestación del servicio.

Esperamos continuar promoviendo la investigación y difusión de tan importantes temas, lo cual redundará en beneficio del sector.

Evamaría Uribe Tobón
Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

1. INTRODUCCIÓN

El Constituyente de 1991 definió al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho y estableció en el Título XII, Capítulo V de la Constitución Política (Artículos 365 a 370) el régimen de los servicios públicos y dispuso que éstos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, lo cual no quiere decir que el Estado tenga la obligación de prestarlos directamente, sino de **asegurar** su prestación continua y eficiente.²

Con relación a las competencias para su prestación, el Artículo 365 Superior señala que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares. Lo hará el Estado directamente conforme al Artículo 6º de la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos), a través de los municipios, o indirectamente por medio de entidades descentralizadas; las comunidades organizadas³ mediante la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro (cooperativas, juntas de acción comunal etc.), y los particulares a través de empresas de servicios públicos, bien sea con capital privado exclusivamente o en asocio con capital estatal⁴. Es decir, los servicios públicos en Colombia se prestan a partir de 1991 bajo el esquema de libre competencia económica, sin que se requiera autorización constitucional o legal para el efecto.

Bajo esa perspectiva constitucional corresponde al Estado garantizar que haya libre competencia en la prestación de los servicios públicos, evitar cualquier práctica abusiva de

² PALACIOS MEJÍA, Hugo. El derecho de los servicios públicos. Derecho Vigente, Bogotá, D.C., 1999, P. 75

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-741 de 2003

⁴ Cfr. Ley 142 de 1994, Artículos 15 y s.s.

quien tenga posición dominante y asegurar que la prestación de los servicios se haga de manera eficiente, continua y de buena calidad.

El Título II de la Ley 142 de 1994 contiene las normas básicas del régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos, las cuales de conformidad con el Artículo 30 ibídem, deben interpretarse de acuerdo con los principios del Título preliminar de esa Ley, buscando siempre el sentido que mejor garantice la libertad de competencia y que evite los abusos de posición dominante, a efectos de asegurar la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos. Hay que agregar que para el caso de los contratos de las empresas que realizan las actividades a que se refiere la Ley 143 de 1994 deberán tenerse en cuenta igualmente los principios generales allí contenidos.

Pero, en rigor, no hay duda que la primera fuente de interpretación de las normas sobre contratos de las empresas de servicios públicos es la propia Constitución⁵, que es la que le da contenido a los postulados del Artículo 30 referido. En efecto, los Artículos 333, 334 y 365 a 370 de la Carta orientan la acción jurídica y política del Estado con fines de intervención para lograr que los agentes que participan en el mercado de los servicios públicos lo hagan en condiciones de igualdad, sin ningún tipo de restricción, sin abuso de la

⁵ "A. La Constitución, como regla preferente de aplicación, y como criterio de interpretación. La Ley 142 se somete, y no podía ser menos, a la Constitución. Pero el principio de superlegalidad de la Constitución se utiliza en la Ley para cumplir, especialmente, ciertas funciones, como explicaré enseguida. Ante todo, se emplea con propósito interpretativo y pedagógico. En efecto, es frecuente en la Ley 142 la referencia a la necesidad de dar prioridad a los mandatos constitucionales, para aclarar que alguna regla legal es aplicable sólo en aquellas instancias o respecto de aquellos sujetos en donde no existe un regla constitucional, o una norma superior, que le sea contraria. Así ocurre en los Artículos 3.6, inciso segundo; 10; 17, parágrafo 1; 29; 30; y 32. A menudo, también con un propósito interpretativo, la Ley relaciona sus mandatos con lo de la Constitución, como para poner de presente el propósito de desarrollarlos, y el sustento con el que produce aquellos. Así ocurre en los Artículos 2; 4; y 6, inciso final; 62; 68; y 76, inciso final; 99; 100; 105; y 186, y en los numerales 14.18; 27.2; y 81.2" PALACIOS MEJÍA Hugo. Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, Artículo publicado en la revista Supervisión editada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

posición dominante, para que el resultado final sea la eficiencia en beneficio del mercado y de los usuarios⁶.

El tránsito del antiguo esquema de monopolio estatal⁷ en la prestación de los servicios públicos al régimen de competencia a partir de 1991⁸, originó el abandono definitivo de la concepción de servicio público que a esa fecha aún estaba en boga. Hasta ese momento servicio público y función administrativa eran una misma cosa, lo cual implicaba que todas las actividades de las entidades territoriales o empresas oficiales que prestaban servicios públicos se regían por el derecho público, incluida su actividad contractual con muy pocas excepciones de aplicación de derecho privado.⁹

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997. "De otra parte, si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la Ley objeto de control (Artículo 30), y no directamente a los del Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la Ley 142 acusada (Artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el Artículo 365 de la Carta".

⁷ En verdad, el legislador de 1994, no podía seguir manteniendo el esquema del prestador monopolístico, por las siguientes razones: (i) porque la Constitución en el Artículo 336 prohibió expresamente los monopolios, salvo, si se establece como un arbitrio rentístico; (ii) porque la Constitución en el Artículo 365 expresamente permitió la prestación de servicios públicos por particulares sin requerir habilitación estatal; (iii) porque las exigencias de un modelo globalizado le exigían abrir los mercados a una competencia cada vez mayor, con el fin de mejorar tecnologías, calidades y cantidades; (iv) porque la experiencia le había mostrado al país que la monopolización de la prestación de trala niveles gravísimos de ineficiencia y baja calidad; y, (v) porque la competencia entre diferentes prestadores aseguraría al cliente, que es el consumidor final, destinatario por excelencia de la Ley de Servicios Públicos y de la Ley eléctrica, una disminución en las tarifas y una mejor calidad en la atención y en el servicio". CHEMÁS JARAMILLO, Jorge Eduardo, "Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano", Artículo publicado en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, junio de 2002.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 237 de 2003

⁹ Cabe recordar aquí que la noción misma de servicio público le sirvió, en ese entonces, tanto a la Ley como a la doctrina para definir no sólo cuál era el derecho aplicable, sino también la competencia para el conocimiento de los litigios que surgieran con motivo de su prestación. Así, durante mucho tiempo se aceptó la ecuación "servicio público igual derecho público" y se le adicionó, para la solución de sus conflictos, el extremo, "igual jurisdicción administrativa". Pero luego de la crisis

La entrada de agentes económicos particulares para competir en el mercado de los servicios públicos, con el riesgo que eso conllevaba, entre otras cosas por la asunción de grandes inversiones económicas, condujo a los legisladores a estimar que para que las nuevas reglas de juego que había establecido la Constitución de 1991 pudieran concretarse, era necesario que las empresas privadas que accedían a la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no estuvieran sometidas en todo a las normas de derecho público, sino que actuaran como lo que eran, como empresarios que, si bien quedaban sometidos a un fuerte régimen de intervención por parte del Estado -regulación y control-, su gestión fuera privada.

Por lo anterior, la Ley 142 de 1994 creó un régimen de contratación especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios¹⁰ a efectos de permitir que las empresas pudieran competir en igualdad de condiciones.

de la noción, con el advenimiento de los servicios industriales y comerciales del Estado, se fueron cambiando los términos de la relación, hasta el punto que hoy en nuestro país se quiere someterlos en un todo y por todo al derecho privado y a los jueces ordinarios, en aras no sólo de una supuesta agilidad en los negocios impuesta por las ingentes necesidades que deben cubrir, sino de una mayor honestidad en el manejo de los asuntos privados, extremo no demostrado aún" BETANCUR JARAMILLO, Carlos Derecho procesal administrativo. Quinta edición. Señal Editora Medellín. 1999. P. 116.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997. "Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver Artículo 15 de la ley)..."

PALACIOS MEJÍA, Hugo. Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, Artículo publicado en revista Supervisión editada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

"DERECHO PRIVADO EN LA LEY 142. Es claro, también, sin embargo, que la Ley 142 abre un campo generoso a la aplicabilidad del llamado "derecho privado" en el sector de los servicios públicos. Ello se debe ante todo, a que el Artículo 365 de la Constitución permite a los particulares, sin necesidad de concesión, prestar servicios públicos. La presencia de particulares en este sector de la economía, reservado, de hecho o de derecho, al Estado antes de 1991, impide continuar aplicando, sin cambios y en su integridad, las reglas de "derecho público" bajo las cuales las entidades operaban. Es obvio que los particulares no pueden operar dentro de un contexto exclusivo de "derecho público", tal como este se entiende tradicionalmente"

Por cuestión metodológica, este documento partirá del estudio del régimen de contratación previsto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, aplicable a las sociedades por acciones prestadoras de servicios públicos y, posteriormente, se analizará el artículo 31 relativo a las empresas estatales que son prestadores por excepción.

2. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. (Ley 142 de 1994, Artículo 32)¹¹.

La Ley 142 de 1994 creó una categoría o forma asociativa especial de empresas para la prestación de los servicios públicos¹² dentro de las cuales se encuentran las empresas ofi-

¹¹ "1. Del análisis de las normas a que se ha hecho referencia con anterioridad se llega a una primera conclusión cual es la de que la Ley 142 de 1994 es de carácter especial por cuanto reglamenta lo concerniente a las actividades de los servicios públicos domiciliarios; no distingue al regular el régimen de contratación, entre las personas que pueden ser prestatarias de tales, por lo cual debe entenderse que cualquier empresa que acoja la forma de sociedad por acciones puede dedicarse a la prestación de los servicios, pero ciñéndose a los demás ordenamientos legales sobre la materia. Se prescribe además, en el parágrafo del Artículo 17 de la misma Ley, que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado por acciones, deberán adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. Se tiene también que entre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios se encuentran, entre otras, los municipios, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante periodos de transición y las entidades descentralizadas de orden territorial o nacional. 2. Por otra parte, los Artículos 31 y 39 de la Ley 142 contemplan, como régimen aplicable a los contratos de servicios públicos, el previsto en el derecho privado, con la salvedad del contrato de concesión sobre el acceso al "espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones el cual puede regirse por la Ley 80 de 1993". Además, el Artículo 31 citado se refiere a los contratos que celebren las "entidades estatales", con lo que se da a entender que comprende a los municipios y entidades descentralizadas (Artículo 2º literal a) Ley 80 de 1993). Se impone reiterar lo expresado en concepto anterior a la Sala que sobre este mismo tema manifestó: "El Artículo 32, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el parágrafo 1º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios públicos, la Sala considera que el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994 (Radiación No. 666)". Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada. (CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 704).

¹² Ley 142 de 1994, Artículos 17, 18 y 19

ciales, mixtas¹³ y privadas (numerales 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994), con un régimen jurídico distinto del tipo de sociedad anónima regulada por el Código de Comercio y de las sociedades de economía mixta reguladas por la Ley 489 de 1998.

Es a las sociedades por acciones a las que se refiere el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994¹⁴; aclaración que se hace teniendo en cuenta que el Artículo 15 de la Ley 142, además de las sociedades por acciones, autoriza a otro tipo de entidades y organizaciones para la prestación de los servicios públicos, dentro de las cuales están las entidades territoriales y las empresas industriales y comerciales del Estado (cuyo régimen de contratación es el previsto en el Artículo 31 ibídem).

El Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que, salvo en los casos en que la Constitución Política o la Ley disponga expresamente lo contrario, la conformación y los actos de las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del derecho privado, incluidos aquellos que se requieran para la administración y el ejercicio de los derechos de las personas que sean socios de ellas. Regla que es aplicable a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin importar el porcentaje de los aportes.

Hay algo que merece la pena destacar sobre el alcance del Artículo 32 y que reafirma el carácter especial de la forma asociativa que creó la Ley 142 bajo la denominación de "empresas de servicios públicos", es el hecho que en tal deno-

¹³ Cfr. Superintendencia de Servicios Público Domiciliarios. Oficina Jurídica. Conceptos SSPD 20001300000557 y 20011300000164

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen jurídico aplicable a las empresas a las empresas de servicios públicos mixtas en el sector de telecomunicaciones, Artículo publicado en el libro "Servicios públicos domiciliarios, Actualidad Jurídica- tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001.

¹⁴ Cfr. Ley 142 de 1994, Artículo 15.1

minación hubieran quedado comprendidas aquellas empresas de servicios públicos conformadas por entidades públicas; es decir las que el numeral 14.5 del Artículo 15 de la Ley 142 de 1994 definió como "empresas de servicios públicos oficiales"¹⁵, empresas éstas que si no fuera por la particularidad de su régimen jurídico distinto del previsto para las de su misma clase en la Ley 489 de 1998, bien podrían haber quedado incluidas dentro de las entidades estatales que prestan servicios públicos, cuyo régimen de contratación esta regulado por el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

A este respecto el profesor Hugo Palacios Mejía afirma:

"(...) el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 sienta un principio general, que expresa en forma adecuada la ruptura con el pasado: la constitución de estas empresas, sus actos, y la administración y el ejercicio de los derechos de las personas que sean socias de ellas, se regirán por el derecho privado... La regla del Artículo 32 se descompone por los menos en dos partes. En efecto, lo que ella predica en cuanto a la constitución de las empresas, y a la administración de los derechos de los socios tiene un alcance relativamente restringido, en cuanto se refiere sólo a las relaciones de los socios, y las de éstos con la sociedad. Pero la misma norma se aplica a los actos de las empresas, es decir, a todas sus manifestaciones de voluntad capaces de crear efectos jurídicos; y por supuesto a los contratos.

¹⁵ PALACIOS MEJÍA Hugo, Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, Artículo publicado en la revista Supervisión editada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. "De esta manera, si las entidades estatales se han constituido como empresas de servicios públicos, sus contratos se regirán exclusivamente por el derecho, y en cuanto la Ley no disponga otra cosa, por las reglas del derecho privado. Tal es la regla inequívoca del Artículo 32 de la Ley 142 de 1994".

Tales actos, naturalmente, no tienen sólo lugar respecto de los socios, sino, lo que es más importante, respecto de los terceros y, en particular, respecto de los usuarios de la empresa. De esta manera, si las entidades estatales se han constituido como empresas de servicios públicos, sus contratos se regirán exclusivamente, y en cuanto la Ley no disponga otra cosa, por las reglas del derecho privado. Tal es la regla inequívoca del Artículo 32 de la Ley 142 de 1994¹⁵.

Por su parte, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos¹⁶ refiriéndose al régimen de contratación de las empresas de servicios públicos ha manifestado lo siguiente:

Uno de los aspectos más sobresalientes en materia de régimen aplicable a las ESP, consiste en su régimen contractual el cual según lo establecen los Artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142, es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas de derecho público.

"Pero en la Ley 142 es preciso distinguir entre el régimen que le es aplicable a las entidades oficiales que prestan servicios públicos y el que le es aplicable a las demás empresas prestadoras de los servicios, entre estas últimas a las empresas de servicios públicos mixtas, pues mientras a las primeras se aplica la regla del Artículo 31 de la Ley a las segundas se aplica la regla prevista en el Artículo 32 sin consideración al aporte que en esas empresas tienen las entidades estatales.

¹⁵ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. "Régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos mixtas en el sector de las telecomunicaciones". En documento preparado por el citado profesor para la Empresa Antioqueña de Telecomunicaciones, EDATEL S.A E.S.P.

¹⁶ Cfr. En el mismo sentido ver ATEHORTÚA RÍOS Carlos Alberto, "El derecho Administrativo en Colombia y la modernización del Estado", Artículo publicado en Revista Derecho del Estado, No 2. julio de 1997, Universidad Externado de Colombia.

A este criterio se suma el de Jorge Eduardo Chemás Jaramillo¹⁷ para quien "A las sociedades por acciones prestadoras de servicios públicos, sin importar el porcentaje de capital que sea de propiedad de las entidades estatales, así como a las entidades estatales prestadoras de los servicios públicos, les es enteramente aplicable lo dispuesto en los Artículos 32 de la Ley 142 de 1994, 3° de la Ley 689 de 2001 y 8° y 76 de la Ley 143 de 1994, es decir, que respecto al régimen de constitución de las primeras y el de los actos y contratos de todas ellas les es aplicable el régimen del derecho privado, en forma exclusiva, salvo cuando la Constitución o la misma ley dispongan una excepción".

Sobre este asunto existen otras opiniones como la de Gabriel Jaime Velásquez Restrepo¹⁸ para quien la regla general de derecho privado de contratación de las empresas de servicios públicos se deriva de la interpretación del Artículo 31;

¹⁷ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge Eduardo, "Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano", Artículo publicado en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, junio de 2002.

¹⁸ A. Los sujetos en el régimen jurídico contractual de las servicios públicos domiciliarios. Para conocer a quien está dirigido el régimen Jurídico contractual previsto en la Ley 142 de 1994, debemos remitirnos al Artículo 31 de la Ley, el cual a modo de respuesta, expresa: **ARTÍCULO 31.- Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública.** Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo que la presente Ley disponga otra cosa..." De una lectura desprevenida podríamos concluir, equivocadamente, que tal régimen es aplicable sólo a las entidades estatales que presten los servicios públicos domiciliarios, dejando por fuera, en consecuencia, las restantes categorías o entidades, igualmente habilitadas, según el texto del Artículo 15 del mismo estatuto, para concurrir en el mercado de tan vitales servicios. Esta afirmación es parcialmente cierta, en razón a que existen otros elementos que es necesario ponderar, como el hecho mismo, de la denominación utilizada por el legislador en el Título II - Régimen de Actos y Contratos de las Empresas - extendiendo su campo de aplicación no sólo a las entidades estatales, sino en general a todas las empresas. Existe, adicionalmente, un argumento de utilidad de la norma: Predicar la sujeción al derecho privado de las entidades o empresas de naturaleza mixta, o privadas - entidades que componen el grupo que dejó por fuera el citado Artículo - nada nuevo añadiría a sus regímenes ordinarios o naturales, el cual es el derecho privado. En estos términos, entonces, tenemos que siguiendo el esquema propuesto por la Ley, su Título II debe ser entendido como la disposición general aplicable no sólo a las entidades estatales, sino, adicionalmente, a las restantes categorías jurídicas, dispuestas también como prestadoras. Una interpretación diferente no solo descontextualizaría el Título II de la Ley 142 de 1994, sino que establecería diferencias de regímenes no ordenados por la misma Ley" VELÁSQUEZ RESTREPO, Gabriel Jaime. "Régimen Jurídico contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994", Artículo publicado en la Revista Jurídica de Empresas Varias de Medellín.

es decir, que el artículo 32 se refiere únicamente a los actos de las empresas y excluye los contratos.

Por otra parte, Enrique José Arboleda Perdomo¹⁹ estima que "puede haber entonces tres tipos de contratos en materia de servicios públicos domiciliarios: aquellos regulados exclusivamente por el derecho privado, aquellos obligatoriamente regulados en forma mixta por el derecho privado y la Ley 80 de 1993, y aquellos en los que las empresas de servicios públicos en forma voluntaria someten al régimen mixto por autorización de las Comisiones".

Finalmente, sobre el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos se pronunció, entre otros, en el CONCEPTO SSPD 20021300000023, en los siguientes términos:

En lo que hace a su régimen de contratación, el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que salvo que la constitución política o la ley dispongan otra cosa los actos de las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Y agrega la norma que la regla precedente se aplicará inclusive a las sociedades en que las entidades oficiales son aportantes sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerza.

Con todo, es importante advertir que el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el

¹⁹ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, "De la regulación de los contratos de las entidades públicas y en especial de los llamados contratos estatales" Artículo publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No.322.

Artículo 3º de la Ley 689 de 2001, contiene el régimen jurídico aplicable a la contratación de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios el cual es fundamentalmente de derecho privado para aquellos contratos que tengan por objeto la prestación del servicio, como pasa a verse.

(...)

La norma transcrita comporta la implantación del régimen de derecho privado a los procesos de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sin importar la naturaleza jurídica de los sujetos prestadores²⁰. En efecto, el legislador quiso imprimir a lo largo del articulado de la Ley de Servicios Públicos un criterio eminentemente comercial para la prestación de esta clase de servicios, aunado a una política de desregularización, que necesariamente plantea esquemas de competencia, en los cuales se exige que los distintos agentes económicos estén situados en un nivel de igualdad. (Artículo 30 de la Ley 142 de 1994).

Para el caso de las empresas del sector eléctrico, el párrafo del Artículo 8º de la Ley 143 de 1994 dispone que el régimen de contratación aplicable a las empresas que prestan el servicio público de electricidad será el de derecho privado y que la Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en algunos de los contratos que celebren tales entidades.

²⁰ Cfr. VELÁSQUEZ RESTREPO Gabriel Jaime. Régimen jurídico contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994. Revista jurídica No. 1, Empresas Varias de Medellín, mayo de 1995, para quien se trata de un régimen especial en el que confluyen las normas propias de las dos grandes ramas del derecho, cediendo de esta suerte a la tradicional dicotomía.

En conclusión, el régimen de derecho privado previsto en el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 tiene como ámbito de aplicación las empresas oficiales de servicios públicos constituidas como sociedades por acciones (Artículo 14.5), las empresas de servicios públicos mixtas (Artículo 14.6) y las empresas privadas (Artículo 14.6).

3. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS ESTATALES (Ley 142 de 1994, Artículo 31)

El texto original del antiguo Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, esto es, antes de la reforma introducida por la Ley 689 de 2001, suscitó diversas interpretaciones que muchos entendidos en el tema las atribuyeron a problemas de redacción y, particularmente, a una remisión antitécnica al parágrafo 1º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Esa norma era del siguiente tenor:

ARTICULO 31.- Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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 regirá, en cuanto sea perti-

nente, 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.

La controversia sobre esta norma se dio en torno a qué debía entenderse por los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere la Ley 142 de 1994 y que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos. Para algunos expertos ese régimen sólo se refería a aquellos contratos que celebraran las entidades estatales para el cumplimiento del objeto social para la cual fueron creadas, llegándose al extremo de afirmar por parte de algunas personas que el Artículo 31 se refería únicamente al contrato de condiciones uniformes, en tanto que para otros, entre ellos el profesor Hugo Palacios Mejía, la disposición en cita no se refería al objeto de la entidad, sino al objeto del contrato. Este último criterio fue adoptado y ratificado en múltiples ocasiones por la Superintendencia de Servicios Públicos²¹.

La segunda interpretación fue la más acertada jurídicamente en vista de que era la que más se aproximaba al esquema de libre competencia de la Ley 142 explicado en párrafos precedentes.

Bajo este régimen de contratación están comprendidas tanto las entidades territoriales como las empresas industriales y comerciales del Estado (numerales 15.3 y 15.6, Ley 142 de 1994). Sobre este particular se pronunció el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil en los siguientes términos:²²

²¹ ver entre otros las radicaciones internas 19991300000524, 19991300000176, 20001300000147, 20001300000650, 2001-130-0000058 y 200113000000210.

²² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 704, C.P. Roberto Suárez Franco

De las normas a que se ha hecho referencia con anterioridad se llega a una primera conclusión cual es la de que la Ley 142 de 1994 es de carácter especial por cuanto reglamenta lo concerniente a las actividades de los servicios públicos domiciliarios; no distingue al regular el régimen de contratación, entre las personas que pueden ser prestatarias estatales, por lo cual debe entenderse que cualquier empresa que acoja la forma de sociedad por acciones puede dedicarse a la prestación de servicios públicos, pero ciñéndose a los demás ordenamientos legales sobre la materia.

Se prescribe además, en el parágrafo 17 de la misma ley, que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado por acciones, deberán adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

Se tiene también que entre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios en encuentran entre otras, los municipios, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante períodos de transición y las entidades descentralizadas del orden territorial o nacional.

Por otra parte los Artículos 31 y 39 de la Ley 142 contemplan, como régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos, el previsto en el derecho privado, con la salvedad del contrato de concesión sobre el acceso al "espectro electromagnético para el servicio de telecomunicaciones" el cual puede regirse por la Ley 80 de 1993.

Además, el Artículo 31 citado se refiere a los contratos que celebren "las entidades estatales" con lo que se da entender que se comprenden también a los municipios y a las entidades descentralizadas (Artículo 2º, literal a.) Ley 80 de 1993).

Se impone reiterar lo expresado en concepto anterior a la sala que sobre este mismo tema manifestó " El Artículo 32, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993, dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el parágrafo 1º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la Ley 142 de 1994 (Radicación No. 666).

Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada.

Con la reforma introducida al Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por el Artículo 3° de la Ley 689 de 2001, se despejaron las dudas que había sembrado el Artículo 31 en su redacción original. Sin embargo, aún hoy día, algunas empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos tienen dos estatutos de contratación: uno, de derecho privado para la contratación de todos aquellos bienes o servicios que tengan qué ver directamente con los servicios que prestan, y otro, sometido al régimen de la Ley 80 de 1993 para todos aquellos bienes que no se relacionen de forma directa con el servicio.

A pesar de la claridad de la redacción del artículo 31 citado pareciera que los órganos de control -Contraloría y Procuraduría- interpretarían que se debe hacer una aplicación armónica de los Artículos 31 de la Ley 142 de 1994 y 93 de la Ley 489 de 1998²³ y que en ese caso, existen actos para el desarrollo de la actividad propia industrial o comercial o de gestión económica sujetos al derecho privado y contratos para el cumplimiento de su objeto regidos por la Ley 80 de 1993. Pero el artículo 31 como norma de aplicación preferente para las empresas estatales que presten servicios públicos domiciliarios no estableció tal distinción.

Donde si puede subsistir la controversia es en el caso de los municipios prestadores directos, respecto de los cuales habría que determinar en cada caso qué tipo de contratos tienen relación directa con la prestación del servicio y cuáles no.

²³ Ley 489 de 1998, Artículo 93. "Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales".

Sobre este tema Jorge Eduardo Chemás Jaramillo²⁴ considera que la reforma al Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, introducida por el Artículo 3° de la Ley 689 de 2001, despejó toda las dudas que había suscitado el Artículo 31 en su redacción original y a partir de la Ley 689 "según la vigencia de las normas actuales el derecho privado es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren tanto las empresas de servicios públicos como las entidades estatales prestadoras de los mismos, exceptuando el contrato de condiciones uniformes o de servicios públicos entre prestador y suscriptor o usuario del servicio público..."

Esta última posición ha sido adoptada por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos²⁵

4. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DEL DERECHO PRIVADO

4.1 RÉGIMEN DE CLÁUSULAS EXORBITANTES.

El Artículo 3° de la Ley 142 de 1994 establece la posibilidad de que las comisiones de regulación puedan hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos y que previa consulta por parte de las empresas se incluyan en los demás; en tales casos esos contratos se someterán al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁴ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge Eduardo, "Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano", Artículo publicado en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, junio de 2002.

²⁵ Cfr. Conceptos SSPD 2002130000479 y 648, entre otros

En ejercicio de esta potestad la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la resolución 575 de 2002²⁶ señaló en qué clase de contratos debían incluirse estas cláusulas y estableció dos criterios a tener en cuenta en su inclusión: que el objeto del contrato tenga relación directa con el servicio que presta la empresa y que un eventual incumplimiento del contrato ponga en riesgo la prestación del servicio.

La citada Comisión ha resuelto distintas solicitudes de empresa de telecomunicaciones sobre inclusión de cláusulas excepcionales en contratos diversos de los señalados en el Artículo 2.6.1 de la resolución 575 de 2002: a las empresas ETB S.A E.S.P²⁷, ORBITEL²⁸ Y TELECOM²⁹ les autorizó la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos para la instalación, funcionamiento, operación, mantenimiento y administración de los Centros Integrados de Telefonía Social (CITS), por considerar que su objeto tenía relación directa con la prestación del servicio y su incumplimiento podría acarrear la suspensión del servicio.

A la empresa ORBITEL³⁰ le negó la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato que tenía por objeto la administración del sistema telefónico de la empresa, instalación y

soporte de segundo grado y administración de la línea de software y para el efecto adujo la Comisión que el objeto no tenía relación directa con la prestación del servicio. A la empresa ETB S.A. E.SP³¹ le negó la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato que tenía por objeto la impresión y entrega de facturación y en este caso señaló la Comisión que, si bien el contrato tenía relación directa con la prestación del servicio, su incumplimiento no acarrearía la interrupción en la prestación del servicio.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico reguló en los Artículos 1.3.3.1³² y

²⁶ Resolución CRT 484 de 2002

²⁷ Resolución CRA 151 de 2001. - Artículo 1.3.3.1 contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales. 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 a que se refiere el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

a. En los contratos que conforme a la Ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994.
b. En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, 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 o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley.

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o. 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 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 1. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

PARÁGRAFO 2. Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la persona prestadora deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

PARÁGRAFO 3. Se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; por interrupción en el servicio de aseo, la no disponibilidad del servicio en forma permanente, o temporal que implique una reducción en más de un cincuenta por ciento (50%) de la frecuencia semanal de prestación del servicio, derivada del incumplimiento del contrato; y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la persona prestadora cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES.-RESOLUCIÓN 575 DE 2002.

ARTÍCULO 2.6.1. INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS EXORBITANTES. Todos los Operadores de TPBC sometidos a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las Leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo.

ARTÍCULO 2.6.2. RÉGIMEN APLICABLE A LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES. En los casos señalados en los Artículos anteriores, todo lo relativo a las Cláusulas Exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente en la Ley 80 de 1993; los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁷ Resolución CRT 444 de 2001

²⁸ Resolución CRT 370 de 2001

²⁹ Resolución CRT 522 de 2002

³⁰ Resolución CRT 486 de 2002

1.3.3.3³³ de la Resolución 151 de 2001, lo atinente a la inclusión de cláusulas excepcionales y dispuso que para la inclusión de tales cláusulas la persona prestadora deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha resuelto diversas solicitudes sobre inclusión de cláusulas excepcionales así:

Mediante Resolución No. 071 de 1998 autorizó a las Empresas Varias de Medellín la inclusión de cláusulas exorbitantes en un contrato de mantenimiento preventivo con ocasión de la adquisición de vehículos recolectores compactadores, igual autorización se hizo a la misma empresa en la Resolución No. 109 de 1999, en un contrato con el mismo objeto. No es muy claro si la inclusión de cláusulas se autoriza para el mantenimiento preventivo o para la adquisición misma.

Mediante resoluciones Nos. 234 de 2002, 239 de 2003 y 252 de 2003, autorizó a las Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de Armenia y de Pereira para incluir cláusulas exorbitantes en unos contratos especiales de gestión

³³ Resolución CRA 151 de 2001.- Artículo 1.3.3.3. Autorización para incluir cláusulas exorbitantes. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta Resolución deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refiere el literal b) del Artículo 1.3.3.1 de la presente Resolución. Con la solicitud deberá remitirse la motivación a la que se refiere el Artículo anterior. La autorización se concederá siempre que, por lo menos, aparezca 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 en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley;

Analizadas las disposiciones y decisiones de las Comisiones de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se observa que son más objetivos los criterios señalados por esta última. Se considera además, que en esta materia debería existir uniformidad entre las tres comisiones de regulación.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) no ha autorizado por vía general la inclusión de cláusulas. En esta materia esta comisión ha sido bastante rigurosa al extremo que negó una petición a Empresas Municipales de Cali (EMCALI) en un contrato que tenía por objeto desarrollar un programa integral para recuperación de pérdidas de energía eléctrica. Argumentó en este caso la CREG que un eventual incumplimiento del contrato no atentaba contra la continuidad y calidad del servicio ni causaría parálisis en el mismo.³⁴

4.2 CONTRATOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

El Artículo 3° de la Ley 689 de 2001 introdujo un párrafo al Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en el cual se señala que los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas últimas asuman la prestación de los servicios públicos³⁵, o para que sustituyan a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación se regirán por la Ley 80 y en todo caso deberán hacerse por licitación pública.

Con relación a la interpretación de este párrafo han surgido algunos inconvenientes, una de ellos se refiere a si es posible contratar directamente por urgencia manifiesta o

³⁴ Concepto CREG 3947 de 26 de diciembre de 2001.

³⁵ Estos contratos pueden ser los de disposición final de residuos que como en el caso de Cartagena, este Distrito se comprometió con las empresas de recolección a asegurar tal disposición.

cuando se declare desierta la licitación o concurso, tal como está previsto en los literales f) y g) del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Sobre este punto la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos en concepto SSPD 2002130000290 afirmó de manera categórica que cuando el parágrafo del Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el Artículo 3° de la Ley 689 de 2001, dice que **en todo caso la selección siempre deberá realizarse por previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993**, está expresando de manera inequívoca que no es procedente acudir a la contratación directa.

Sobre este punto se considera que la previsión del parágrafo referido, en el sentido de seleccionar por licitación pública no es absoluta y, contrario a lo afirmado por la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos, es posible contratar directamente tanto por urgencia manifiesta como en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o del concurso. En el primer caso, urgencia manifiesta, porque habrá situaciones de grave afectación del servicio que no dan espera al trámite de la licitación y en el segundo, declaratoria de desierta, porque no tiene sentido que hecha esta declaración, cuando por ejemplo no se presente oferta alguna, haya que iniciar un nuevo proceso licitatorio con todas las cargas que eso conlleva en costos y tiempo.

4.3 CONTRATOS QUE GARANTICEN LA LIBRE CONCURRENTIA

Otra excepción al régimen de derecho privado es la prevista en el Artículo 35 de la Ley 142 de 1994 para empresas de servicios públicos que tengan posición dominante y su actividad principal sea distribuir bienes o servicios ofrecidos por terceros, caso en el cual las comisiones de regulación po-

drán exigir por vía general que adquieran esos bienes o servicios a través de licitaciones públicas o por medio de otros procedimientos que garanticen la libre concurrencia de oferentes.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones no ha hecho uso de esta facultad; la Comisión de Regulación de Energía y Gas adoptó este procedimiento para los contratos de compra de energía en el mercado mayorista en la Resolución 20 de 1996 y para el servicio de gas en la Resolución 57 de 1996, mientras que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico señaló en la Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 242 de 2003, qué tipos de contratos deben celebrarse previo el procedimiento de licitación o a través de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

La Ley 142 de 1994 le atribuyó a las comisiones de regulación de manera expresa dos competencias en materia contractual: la posibilidad de ordenar por vía general la inclusión de cláusulas excepcionales o en los casos particulares que se lo soliciten las empresas de servicios públicos (Artículo 31) y la referente a indicar por vía general qué tipos de contratos deben celebrarse previa licitación pública o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes (artículo 35).

Podría interpretarse que dichas competencias no abarcan la posibilidad de que las comisiones de regulación tipifiquen contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, tema del cual se ocupó la Ley 142 de 1994 en su Artículo 39, sin embargo, pareciera que en el Artículo 1.3.4.9 de la Resolución 151 de 2001³⁶ se reguló un asunto del que ya se había ocupado la ley.

³⁶ Las disposiciones sobre contratos que contiene la Resolución No. 151 de 2001 son básicamente las que contenían las Resoluciones CRA 03 de 1995 y 136 de 2000.

De otro lado, el Artículo 39 de la Ley 142 de 1994 dispone que, salvo los contratos de concesión, los demás contratos a que se refiere ese Artículo se regirán por el derecho privado. El Artículo 1.3.5.5 de la Resolución 151 ya citada señala una serie de requisitos para la celebración de los contratos a que se refiere el numeral 39.3, requisitos muy parecidos a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

Con este tipo de regulaciones podría estar dándose la señal, sobre todo para los inversionistas privados, que hay demasiada injerencia regulatoria en aspectos en los cuales debería haber mayor libertad empresarial.

4.4 CONTRATOS ESPECIALES.

Otros contratos para la prestación de los servicios públicos que deben regirse por la Ley 80 de 1993 son los enumerados en el numeral 1° del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

Estos son los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y par el uso del espectro electromagnético.

4.5 CONTRATOS PARA EL OTORGAMIENTO DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO

De igual forma, el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994 creó la figura de las áreas de servicio exclusivo con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica.

32 Con el establecimiento del área de servicio exclusivo se presenta una restricción a la libre competencia. Es una modali-

dad de lo que se conoce como competencia por el mercado, dado que una vez adjudicada el área de servicio y celebrado el contrato respectivo con el ente territorial, ninguna otra empresa puede prestar el servicio previsto en el objeto del contrato durante el período que dure el establecimiento del área.

Para el caso del servicio de gas domiciliario, el Artículo 174 de la Ley 142 de 1994 dispone que el Ministerio de Minas y Energía es la autoridad competente para otorgar las áreas de servicio exclusivo.

El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para el servicio de aseo fue reglamentado mediante el Decreto 891 de 2002, el cual establece que dicho servicio debe ser entregado por concesión, previa licitación pública. Sin embargo, cabe advertir que el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994 señala que el contrato se celebrará previa **invitación** pública.

Vale la pena destacar igualmente que no parece ser muy claro que se trate de un contrato de concesión en sentido estricto, por cuanto a partir de 1991 los servicios públicos no se prestan por concesión. En esta figura de las áreas de servicio exclusivo más que concesionar la gestión u operación de un servicio, se trata de explotar un mercado localizado. En la concesión propiamente dicha, el Estado entrega a un particular la gestión o explotación de algo de lo cual es titular³⁷, pero en servicios públicos domiciliarios el Estado no tiene la titularidad del servicio que presta la empresa que se beneficia del área; lo que hace es que por razones de interés social restringe la libre competencia en el mercado, organiza ese mercado, y quien resulte escogido en esa competencia por el mercado presta el servicio.

³⁷ "El Estado... mediante la concesión atribuye a una persona, privada o pública, un derecho personal y temporal, pues el concedente continúa siendo el titular del servicio" SARMIENTO GARCÍA, Jorge, Concesión de Servicios Públicos, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, Pág. 140.

4.6 EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS O CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES.

Finalmente, otra de las excepciones al régimen de derecho privado de actos y contratos de las empresas de servicios públicos³⁸ es el relacionado con el contrato de servicios públicos o contrato de condiciones uniformes regulado en el Artículo 128 y s.s. de la Ley 142 de 1994, sobre el cual no existe hoy día mucha referencia doctrinaria o jurisprudencial.³⁹

A nivel jurisprudencial, por ejemplo, lo único destacable hasta el momento ha sido el análisis de la naturaleza jurídica de la relación jurídica usuario-empresa de servicios públicos consignado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-540 de 1992⁴⁰ y que hasta la fecha se ha mantenido sin mo-

³⁸ "c) El Art. 32 ("régimen de derecho privado para los actos de las empresas") consagra directamente, sin las sinuosidades del Art. 31, el derecho privado como el apropiado exclusivamente para la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, pero olvida que con esa advertencia entra en contradicción con otros principios de la misma Ley que muestran un régimen jurídico diferente con predominio del derecho público, aplicable a ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos administrativos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación dictados por dichas empresas". CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente S-701 de 1997.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente S-701 de 1997, Sentencias T-540 de 1992, C-263 de 1996 y C-1162 de 2000.

⁴⁰ «La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos».

«La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la Ley».

dificaciones. Esta falta de desarrollo jurisprudencial en torno a la naturaleza del contrato de servicios públicos tiene su explicación en el hecho que no se demanda por vía de acción contractual contenciosa la nulidad o existencia del contrato⁴¹, lo que en la práctica ha venido sucediendo es que se demanda a través la acción de nulidad y restablecimiento del derecho los actos administrativos que expide la empresa en desarrollo del contrato de servicios públicos (Ley 142 de 1994, 154).

En este punto es importante precisar que la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos en CONCEP-TO SSPD 20011300000350⁴², dejó en claro que el contrato de servicios públicos a que se refiere el Artículo 128 de la Ley 142 de 1994 se aplica tanto a los usuarios regulados como a los usuarios no regulados.⁴³

Aunque es común oír que el contrato de servicios públicos es un típico contrato de adhesión⁴⁴, en el cual una de las partes, en este caso la empresa de servicios, configura el

⁴¹ Cfr. C.C.A. Artículo 87

⁴² «Como se ve, tales normas son claras en el sentido de permitir acuerdos especiales entre la empresa y algunos usuarios, sin que por ello deje de existir contrato de servicios públicos; tal sería el caso de los usuarios no regulados que tienen la posibilidad de negociar con la empresa el precio de la tarifa. La importancia de la definición de usuario no regulado que adoptó el Artículo 11 de la Ley 143 de 1994 por razón de los niveles de demanda máxima subyace en la posibilidad de negociar libremente el precio de la tarifa».

⁴³ Ley 143 de 1994, Artículo 11.

(...) USUARIO REGULADO: Persona natural o jurídica, cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

USUARIO NO REGULADO: Persona natural o jurídica, con una demanda máxima de superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante Resolución motivada.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-955 DE 2000. «Ello implica también que, por la especial protección estatal que merecen las personas en cuanto al crédito para adquisición de vivienda, las tasas de interés y las condiciones de los préstamos no pueden dejarse al libre pacto entre las entidades crediticias y sus deudores, entre otras razones por cuanto la práctica muestra que siendo éstos débiles frente a aquéllas, los contratos que celebran han venido a convertirse en contratos por adhesión en los que la parte necesitada del crédito es despojada de toda libertad para la discusión y acuerdo en torno a los términos contractuales».

clausulado, tal vez sea más apropiado afirmar, como lo alcanza a advertir la Corte Constitucional en la Sentencia 1162 de 2000⁴⁵, que se trata de un contrato intervenido por el Estado, como pasa a verse.

De conformidad con el Artículo 132 de la Ley 142 de 1994, el contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esa Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Analizados los contratos de condiciones uniformes de las empresas de servicios públicos se observa que gran parte de su clausulado lo integran disposiciones legales y regulatorias, expedidas estas últimas con fundamento en el numeral 23 del Artículo 73 de la Ley 142.

Esto significa que, en la práctica, la capacidad de configuración del clausulado de los contratos de condiciones uniformes por parte de las empresas es muy limitada como sucede en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo y telecomunicaciones en los cuales en los anexos de las Resoluciones 151 de 2001 y 575 de 2002, respectivamente, las comisiones de regulación de esos sectores adoptaron los contratos tipo de condiciones uniformes que generalmente las empresas adoptan sin modificación alguna. La Comisión de Regulación de Energía y Gas no ha adoptado un contrato de condiciones tipo.

Sobre este aspecto de los contratos tipo que fijan las comisiones podría surgir el interrogante de si la facultad del nu-

⁴⁵CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1162 DE 2002. "El contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la Ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función".

meral 21 del Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 es tan amplia al punto que esos organismos de regulación puedan adoptar los contratos tipo de servicios públicos, máxime si se tiene en cuenta que el Artículo 132 señala que las condiciones uniformes las señalan las empresas.

Por estas razones, se insiste, los contratos de condiciones uniformes o de servicios públicos están lejos de ser típicos contratos de adhesión como los que se conocen a nivel de doctrina. En este tipo de contratos lo que existe es una fuerte intervención de la Ley y la regulación. En otras palabras, el Estado sustituye la voluntad de las partes y establece una regla de equilibrio contractual con el fin de proteger a los usuarios de los abusos de las empresas⁴⁶.

Por las consideraciones anotadas el contrato de condiciones uniformes es otra excepción al régimen de derecho privado de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos.

5. JURISDICCIÓN COMPETENTE

La Ley 142 de 1994 sólo contiene dos normas relativas a la jurisdicción competente para juzgar los actos de las empresas de servicios públicos; son ellas los Artículos 31 y 33, los cuales disponen que la jurisdicción en lo contencioso admi-

⁴⁶ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. "El derecho Administrativo en Colombia y la modernización del Estado", Artículo publicado en Revista Derecho del Estado, No 2, julio de 1997, Universidad Externado de Colombia. "Todo el esquema adoptado en Colombia en la nueva legislación, corresponde a modelos jurídicos de sociedades ampliamente desarrolladas, donde la cobertura de los servicios es alta y donde los niveles de consumo permiten a los usuarios el pago de tarifas eficientes; para estos modelos, lo adecuado es el régimen contractual para la prestación de servicios públicos, ya que el nivel socio-cultural de los usuarios y la existencia de ligas de consumidores suficientemente fuertes garantizan su protección; pero en modelos como el nuestro, donde la cobertura del servicio es bajo y más bajo aún es el nivel socio-cultural de los usuarios, el Estado difícilmente podrá renunciar a su papel de protector de los sectores menos desarrollados de la sociedad, y cuando el Estado renuncia a proteger por vía reglamentaria a los usuarios de los servicios públicos esenciales, como es el caso de los domiciliarios, y deja que sean simples relaciones contractuales las que regulen las relaciones entre usuarios y prestadores de servicios, se expresa la más nítida crisis de la labor social que le corresponde cumplir".

nistrativo conocerá de los actos y contratos en los que se incluyan cláusulas excepcionales y de la legalidad de los actos en que las empresas de servicios públicos ejerciten sus derechos para el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles y la imposición de servidumbres.

Este análisis se contraerá únicamente a los contratos.

La sola lectura del artículo 31 citado hubiera hecho creer que el tema lo había resuelto la ley, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido haciendo precisiones importantes a este respecto.

Para una mejor comprensión del tema, este capítulo se ha subdividido en dos partes cuyos títulos obedecen a dos criterios claramente definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado: el del auto de Sala Plena de fecha 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, en el cual predomina el **"criterio de las cláusulas exorbitantes"**, sin ser el único, y el de los **"contratos estatales especiales" y la finalidad del contrato**, contenido en el auto de fecha 8 de febrero de 2001, expediente 16.661.

5.1 CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

El primer pronunciamiento en esta materia es el contenido en el auto de 23 de septiembre de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-701, mediante el cual se confirmó el auto de 9 de julio de 2001 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila. Este auto había dispuesto que la Jurisdicción ordinaria era la competente para conocer la controversia suscitada en un contrato suscrito por la Empresa de Telecomunicaciones del Huila S.A. (TELEHUILA S.A.) y la firma Distritel, por tratarse de un contrato que se regía en todo por las reglas del derecho privado por no contener cláusulas exorbitantes.

La Sala Plena del Consejo de Estado luego de hacer un estudio detallado del régimen de contratación aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, concluye que:

a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contenciosas administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (Art. 154 inc 1º). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los Arts. 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (Art. 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los Arts. 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada Ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el se-

ñalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Es decir, que los contratos que celebren las empresas de servicios públicos son privados, y que por regla general están sometidos al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria, salvo a los que se refiere el Artículo 128 de la Ley 142 de 1994, los que incluyan cláusulas excepcionales y los contratos especiales a que se refiere el Artículo 39.1 ibídem, cuyas controversias serán de conocimiento de la justicia de lo contencioso administrativo.

Lo importante de tener en cuenta en este pronunciamiento del Consejo de Estado es el reconocimiento de que el régimen de contratación de la Ley 142 de 1994 es un régimen de derecho privado, sin importar la naturaleza de la empresa que celebre el contrato, esto es, si es oficial, privada o mixta, tesis que, podría entenderse, recoge el criterio de la Corte Constitucional expuesto en la Sentencia C-066 de 1997, en el sentido que el régimen de contratación de la 142 de 1994 no lo es de la administración pública⁴⁷, sino de

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez. 13 de mayo de 2004. Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01. El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción "francesa" de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

De acuerdo con tal disposiciones se destaca, jurídicamente, que los servicios públicos "son inherentes a la finalidad social del Estado", pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2 y 366 ibídem.) y es por ello que su prestación comporta la concreción material de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 ibídem); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como mecanismo auxiliar en la administración de Justicia (art. 230).

De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana, con base en expresión foránea, llama "bienes meritorios", exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio.

los servicios públicos domiciliarios. Se insiste en destacar este aspecto de lo dicho en ese momento por el Consejo de Estado, pues como se verá más adelante cuando se analice el auto 8 de febrero de 2001, expediente 1661 de 2001 de la Sección Tercera, se introduce el criterio de los "contratos estatales especiales" que celebren entidades públicas sometidas a regímenes distintos al de la Ley 80 de 1993, entre ellas las empresas de servicios públicos domiciliarios.

El criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado que se viene comentando, fue adoptado por la Sección Tercera casi de manera uniforme en lo sustancial, es decir, excepción hecha del auto de fecha 26 de marzo de 1998, expediente 14360, cuyo estudio se hará más adelante.

A continuación se hará un análisis de los diversos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluido el auto de fecha 8 de febrero de 2001 que como ya se anunció líneas arriba, introdujo un cambio radical en cuanto al juez competente para juzgar las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, hasta concluir con el auto de fecha 5 de junio de 2003, expediente 24.420 el cual permite interpretar que se regresa a la tesis inicial del expediente S-701, ya citado.

- En auto de fecha 26 de marzo de 1998, expediente 14000 la Sala Plena del Consejo de Estado ratificó la jurisprudencia de esa misma Sala dentro del expediente S-701, y al efecto manifestó:

No cabe duda de las anteriores normas que todos los contratos de toda las empresas de servicios públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado y no del derecho público, tal como insiste el apelante, salvo cuando en ellos se incluyen las cláusulas exorbitan-

tes. En auto de 23 de septiembre de 1997 proferido por la Sala Plena de esta Corporación (1) se definió cuáles actos administrativos y contratos de las empresas de servicios públicos son susceptibles de ser controlados ante esta jurisdicción...

- En auto fechado el 19 de febrero de 1999, expediente 13778, ponente, doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, al decidir sobre un asunto en el cual las partes contratantes eran la Electrificadora del Tolima S.A. Empresa de Servicios Públicos y la Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas, Mecánicos, Electrónicos y Afines (ACIEM), contrato que tenía por objeto la inspección externa para obras eléctricas, con la obligación principal para esta última de coordinar el proceso de selección y capacitación de inspectores externos, la Sección Tercera acogiendo en su integridad las conclusiones del auto de la Sala Plena, expediente S-701, confirmó el auto de 20 de mayo de 1997 del Tribunal Administrativo del Tolima, es decir, ratificó que por tratarse de un contrato sometido a las reglas del derecho privado y no contener cláusulas exorbitantes, el conflicto tenía que ser decidido por la justicia ordinaria⁴⁸.

Este auto al ratificar lo dicho por la Sala Plena, expediente S-701, no hace nada distinto de respetar la regla que había trazado el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, esto es, que en los contratos de las empresas de servicios públicos en los que no se incluyan cláusulas exorbitantes, las controversias serán decididas por la justicia ordinaria.

⁴⁸ "Ya lo sentenció la Sala Plena cuando sostuvo que en la subsunción de normas, ya de origen constitucional y ya legal o reglamentario, los esquemas clásicos derecho público igual jurisdicción administrativa, y derecho privado igual jurisdicción ordinaria han perdido fuerza en nuestro sistema como se infiere de la interpretación, entre otras de las Leyes 80 de 1993 y 142/94. En conclusión, los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la Jurisdicción ordinaria en cuanto no se discutan actos administrativos o se trate de contratos que contengan cláusulas exorbitantes, pues en estos casos el derecho público si es predominante según lo indicó la Corporación en el ya citado expediente S-701"

- Posteriormente, y como se señaló antes, la Sección Tercera, en auto de fecha 26 de marzo de 1998, expediente 14360, en un litigio entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y un particular, en el cual se discutía el reconocimiento y pago de sobrecostos originados en un contrato de obra pública cuyo objeto era la construcción de redes de alcantarillado, decidió revocar el auto de fecha 21 de agosto de 1997 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar dispuso que la jurisdicción de lo Contencioso era competente para conocer el proceso por tratarse de un contrato estatal celebrado por una entidad pública y que incluía cláusulas exorbitantes.

A primera vista pareciera que el análisis que sirvió de apoyo a esta decisión fuera idéntico al del auto de la Sala Plena, expediente S-701, pero no es así. Al decirse en la providencia del expediente 14.360 que se trataba de un contrato de obra pública que tiene la naturaleza de contrato estatal, sin decirlo, dejaba entrever que era un "contrato estatal especial" que siempre juzga el juez administrativo, sin importar el régimen especial de contratación a que esté sujeta la persona pública que lo celebre. (Consejo de Estado, Sección Tercera, expedientes 14202 de 1998, 1661 de 8 de febrero de 2001, 20634 de 6 de junio de 2002 y 21041 de 2001).

En el citado auto se lee lo siguiente:

Por otra parte, el hecho de que la empresa industrial y comercial contratante tenga la naturaleza de una empresa de servicios públicos domiciliarios de aquellas consagradas por la Ley 142 de 1994, no trae como consecuencia el radicar en la justicia ordinaria la competencia para el juzgamiento de las controversias que surjan de los contratos celebrados por tales entidades, porque como ya se ha repetido en va-

rias oportunidades, ninguna modificación en materia de jurisdicción trajo la mencionada ley, de donde se impone aplicar las normas de la 80 de 1993, que sobre el particular dispone el juzgamiento de tales controversias por la justicia administrativa.

- En auto de fecha 13 de agosto de 1998, expediente 14649, la Sección Tercera, confirma el auto de fecha 23 de octubre de 1997 del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual este Tribunal improbo el acuerdo a que llegaron la Empresa Antioqueña de Energía (EADE) y el municipio de Alejandría por considerar que "...en el presente caso la conciliación celebrada entre las partes se refiere a un contrato cuyas controversias no serían de conocimiento de esta jurisdicción (Art. 59 de la Ley 23 de 1991, subrogado por el Artículo 70 de la Ley 446 de 1998), la conciliación no debió llevarse a cabo y mucho menos puede ser aprobada, ya que se estaría frente a una causal de nulidad por falta de jurisdicción (Art. 140 Ord. 1 del C. de P. C.).

En esta decisión se ratifica el auto de Sala Plena del Consejo de Estado en el expediente S-701.

- Este mismo criterio fue acogido si reservas en auto 22 de octubre de 1998, expediente 15298, en el cual se confirmó el auto de 17 de abril de 1998 del Tribunal Administrativo de Antioquia según el cual la justicia ordinaria era la competente para conocer una demanda instaurada por la Sociedad Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A E.S.P., contra la Sociedad Aguas del Puerto S.A. E.S.P., el Municipio de Puerto Berrio y la Empresa Acuantioquia E.S.P., en la cual se pedía la nulidad de una Resolución mediante la cual Aguas del Puerto adjudicó el contrato para la operación, administración y mantenimiento del acueducto y alcantarillado de Puerto Berrio.

En esa ocasión el Consejo de Estado, además de ratificar lo dicho en el expediente s-701, agregó:

No es admisible el criterio del recurrente según el cual la adjudicación es una función administrativa que motiva la expedición de una Resolución y que por ello el examen de legalidad corresponde a esta jurisdicción. Estima la Sala que la adjudicación efectuada por la empresa prestadora del servicio público constituye una manifestación de voluntad de un particular, con efectos vinculantes en los términos del Código de Comercio y que la denominación adoptada para el acto adjudicación no incide para nada en la determinación del Juez del Conocimiento.

Como el texto de la ley es claro en cuanto ordena aplicar las reglas del derecho privado a los actos de toda las empresas de servicios públicos domiciliarios, y el caso presente no es precisamente de los que comportan una relación empresa-usuario, no hay duda que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria y por tanto le asiste razón al a-quo.

- Mediante auto de fecha 12 de agosto de 1999, expediente 16.446, la Sección Tercera revocó el auto dictado el 5 de marzo de 1999 por el Tribunal Administrativo de Risaralda y en su lugar dispuso que la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo si era competente para conocer de una controversia surgida por la adjudicación de un contrato de obra pública que hizo la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P.

En tal oportunidad también el Consejo de Estado fundamenta su decisión en el auto de la Sala Plena, expediente S-701, y manifiesta:

Por consiguiente, en la actualidad, a la justicia de lo contencioso administrativo le corresponde conocer, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios, de las siguientes controversias:

de los actos precontractuales cuando en los pliegos de la licitación se indique en la minuta del contrato, que en este se contendrán cláusulas exorbitantes;

de las relacionadas con sus contratos cuando en estos se contengan cláusulas exorbitantes;

de los actos administrativos referidos a la utilización de las cláusulas exorbitantes (inc. 2º Art. 31 de la Ley 142 de 1994), de una parte, y de otra, a los dictados dentro de la relación empresa-usuarios atinentes a la suspensión, terminación, corte y facturación (Arts. 140, 141 y 154 de la Ley 142 de 1994).

Se sigue advirtiendo en esta decisión que el Consejo de Estado no se aparta de lo señalado en el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y que el criterio para la determinación del juez competente se plantea en torno a la inclusión o no de cláusulas exorbitantes, sin importar la naturaleza de la empresa prestadora del servicio.

Un aspecto que merece destacarse en esta decisión es que se afirma que los Artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, que establecían una excepción al juzgamiento de la justicia ordinaria de los contratos de las empresas de servicios públicos, fueron derogados por la Ley 489 de 1998⁴⁹. Es im-

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 16.446 de 12 de agosto de 1999, "Sin embargo esa excepción sólo tuvo operancia hasta el día anterior a cuando entró a regir la Ley 489 de 1998, 29 de diciembre, la cual estableció que se aplicaría la Ley 142 de 1994 a todo lo que tenga que ver sobre los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios"

portante hacer esta precisión ya que como se verá cuando se analice el auto de fecha 8 de febrero de 2001, expediente 1661 de 2001, justamente el cambio de jurisprudencia por parte de la Sección Tercera se hace con apoyo en el Artículo 40 de la Ley 446 de 1998.

- En auto de fecha 9 de marzo de 2000, expediente 16661, la Sección Tercera del Consejo de Estado siguiendo en todo el criterio del Auto de Sala Plena, expediente S-701, decide que en el proceso en el cual el Ministerio de Minas y Energía demanda a la Electrificadora del Atlántico (ELECTRANTA) Y TERMORÍO S.A. E.S.P, la jurisdicción competente es la ordinaria por tratarse de empresas de servicios públicos domiciliarios con un régimen de contratación especial y no contener el contrato en discusión cláusulas exorbitantes.

- En auto de fecha 31 de agosto de 2000, expediente 17324, también se acoge el mismo criterio del Auto de Sala Plena, expediente S-701, y, además, adopta la posición contenida en el auto de fecha 26 de marzo de 1997, expediente 14.000, según el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las controversias de los contratos de empresas de servicios públicos con cláusulas exorbitantes aun cuando la disputa no se refiera a tales cláusulas.

Hasta ese momento, con los matices ya reseñados, la posición del Consejo de Estado había sido uniforme en punto de que por regla general la jurisdicción ordinaria era la competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios siguiendo básicamente el criterio orientador del Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, y que sólo por excepción la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocía de tales litigios, los cuales se limitaban a los casos en que tales contratos tuvieran cláusulas exorbitantes.

5.2 CRITERIO DE LOS "CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES" Y LA FINALIDAD DEL CONTRATO.

- Como se había anotado antes, la Sección Tercera, mediante auto de fecha 9 de marzo de 2000, expediente 16661, dijo que la controversia entre el Ministerio de Minas y Energía y la Electrificadora del Atlántico (ELECTRANTA) y TERMORÍO S.A.E.S.P debía ser decidida por la justicia ordinaria, auto que fue recurrido y decidido mediante auto de fecha 8 de febrero de 2001 por esa misma Sección.

Para el Consejo de Estado, fueron tres los criterios que le permitieron decidir que el asunto referido sí era de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no de la ordinaria como se había resuelto en el auto de fecha 9 de marzo de 2000, expediente 16661.

1. Que la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P (ELECTRANTA), era una entidad oficial de acuerdo con el numeral 14.5 del Artículo de la Ley 142 de 1994, y como tal hace parte de las entidades descentralizadas del orden nacional de conformidad con el Artículo 68 de la Ley 489 de 1998.⁵⁰

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Expediente 16.661, 8 de febrero de 2001. "La naturaleza Jurídica de la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P -ELECTRANTA.- Como la Nación aduce que tiene la tutela sobre la empresa Electrificadora del Atlántico S.A., la cual celebró con Termorío S.A. el contrato de suministro de energía cuya nulidad absoluta pretende, es menester examinar si dicha sociedad está comprendida dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional, de conformidad con el Art. 68 de la Ley 489 de 1998. Obran en el expediente los estatutos de la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P.-ELECTRANTA-, los cuales dan cuenta de que es una empresa de servicios públicos mixta, organizada como sociedad anónima, de nacionalidad colombiana, del orden nacional, sometida al régimen general de las empresas de servicios públicos, a las normas especiales que rigen a las empresas del sector eléctrico y al Código de Comercio, cuyo objeto social principal es la generación, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica, con domicilio en la ciudad de Barranquilla (fl. 38 C.2).

En cuanto a sus accionistas señalan los estatutos que estos son: Corelca 88.25%, Departamento del Atlántico 6.99%, Distrito de Barranquilla 2.78; otros municipios del Atlántico 1.42%; Fonvisocial 0.56% y particulares 0%, para un total de 100% (Art. 7º). Esto significa que si no hay accionistas particulares, debe concluirse que Electranta S.A. E.S.P es una empresa oficial de servicios públicos de acuerdo con el Art. 14.5 de la Ley 142 de 1994 y no una empresa de servicios públicos mixta, como equivocadamente se señala en los estatutos".

2. Que se trata de un contrato con una finalidad vinculada directamente a la prestación del servicio, y que a pesar de que la jurisprudencia ha desarrollado suficientemente el tema de la jurisdicción competente con fundamento en los Artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y 8 de la Ley 143 de 1994, tal "jurisprudencia, sin embargo no puede entenderse de manera que puedan dejarse por fuera de control de esta jurisdicción otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas de servicios públicos, que no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes como las calificó el Art. 31 de la Ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa-usuario (Art. 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (art. 39.1), tienen una finalidad que está vinculada directamente a la prestación del servicio, tal como lo estableció la Ley 446 de 1998 (Art. 40 N.5 y 42), que modifica el Artículo 132 y adiciona el 134B del C.C.A".

Téngase presente que en esta parte el Consejo de Estado rectifica lo dicho en el auto de fecha 12 de agosto de 1999, expediente 16.446 -recuérdese que en este auto se había dicho que los Artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998 habían sido derogados-, y justamente son esas normas las que le sirven de apoyo para su decisión.

3. Que no es el tipo de régimen legal al que esté sujeto la entidad estatal que suscribe el contrato el que determina la competencia del juez como ya lo había expuesto esa Corporación en el auto de fecha 20 de agosto de 1998, expediente 14.202, y que "En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir controversias en que sea parte o tenga un interés la

administración (Art. 82 C.C.A.), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden".⁵¹

Para el Consejo de Estado, las entidades oficiales celebran dos tipos de contratos: Los contratos estatales regidos por la

⁵¹CONSEJO DE ESTADO, Expediente 16.661, 8 de febrero de 2001.- "Las condiciones particulares del contrato celebrado entre Electranta S.A. E.S.P y Termorio S.A. E.S.P. El primer aspecto que debe precisar la Sala es si el contrato que se demanda es de aquellos que deben estar sujetos al control de esta jurisdicción.

Se trata de un contrato de suministro de energía celebrado el 20 de junio de 1997 entre dos empresas de servicios públicos, Electranta S.A. cuyo objeto es la generación, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica y Termorio S.A. dedicada a la prestación del servicio de energía eléctrica y a la generación y comercialización de la misma (fls. 29, 33 y 172 C.2). En el caso concreto, Termorio S.A. (vendedora) se obligaba a suministrar a Electranta S.A. (compradora) "la energía y potencia eléctricas suficientes para atender el 100% del Bloque Base", desde la fecha del perfeccionamiento del contrato hasta el 31 de diciembre de 2018, el cual se le adjudicó previo el proceso de solicitud de ofertas para compra de energía.

La demanda señala entre otras razones, que la competencia la tiene el Tribunal Administrativo del Atlántico de acuerdo con el Art. 132 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Artículo 40 de la Ley 446 de 1998, por tratarse de un contrato con una finalidad vinculada directamente a la prestación del servicio (fl. 23) y se insiste en el recurso que si la finalidad del contrato era la adquisición del 100% de la energía eléctrica que Electranta distribuiría a sus usuarios regulados y no regulados durante más de 20 años, "es evidente que de la celebración del contrato, de su cumplimiento, de su correcta ejecución, dependía directamente la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica", de tal modo que se ajusta a las previsiones de la competencia de la justicia contenciosa administrativa (fl. 305 C.1).

La definición de la competencia de esta jurisdicción para conocer las controversias que surgen de los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de las que se dedican a alguna de las actividades complementarias a estos, ha tenido suficiente desarrollo jurisprudencial, con fundamento en los Artículos 31 y 32 de la Ley 142 y 8ª de la Ley 143 de 1994.

Tal jurisprudencia, sin embargo, no puede entenderse de manera que puedan dejarse por fuera del control de esta jurisdicción otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes como las calificó el Art. 31 de la Ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa - usuario (Art. 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (Art. 39.1), tienen una finalidad que está vinculada directamente a la prestación del servicio, tal como lo estableció la Ley 446 de 1998 (Art. 40 N. 5 y 42), que modifica el Artículo 132 y adiciona el 134 B del C.C.A.

Es necesario aclarar que si bien es cierto los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado (Art. 31 Ley 142 y Arts. 8 y 76 Ley 143 de 1994), no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato.

Ya la Sala al definir el juez competente para dirimir los conflictos contractuales que se suscitan cuando una de las partes contratantes sea una universidad pública, teniendo en cuenta que éstas poseen un régimen excepcional a la Ley 80 de 1993, sostuvo en el auto de 20 de agosto de 1998, Exp. 14.202 lo siguiente:

"(...)

A través de la función administrativa, el Estado desarrolla una vasta y compleja actividad destinada a la protección de los intereses públicos, la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y de los individuos en particular, por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la Constitución y la Ley.

Es muy importante en el proceso de estructuración, consolidación y autonomía del derecho administrativo contemporáneo, que los conflictos de orden jurídico que surjan en el ejercicio de la función administrativa, ya sea entre el Estado y

Ley 80 de 1993, y otros contratos estatales especiales, como los que suscriben las entidades oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios.

En síntesis, con este cambio de jurisprudencia la regla general es que todos los contratos que celebran las entidades oficiales

los administrados o al interior del mismo, sean resueltos por un juez especializado. En Colombia, esta opción histórica que se consolidó con la reforma constitucional de 1910, ha venido siendo ratificada y fortalecida por los diversos ordenamientos posteriores, como sucede con la actual Carta Política de 1991. En concordancia con lo anterior, el Art. 82 del C.C.A., modificado por el Artículo 30 de la Ley 446 de 1998, prescribe que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el juzgamiento "de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado."

En consecuencia, solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral."

(...)

4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta Ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituya una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el Art. 82 del C.C.A. antes referido.

De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

1º Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

2º Contratos estatales especiales."

En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (Art. 82 C.C.A.), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden".

ciales, incluidas las empresas de servicios públicos mixtas que prestan servicios públicos, están sometidos al juzgamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que es irrelevante que contengan o no cláusulas excepcionales, o que estén o no directamente relacionados con la prestación del servicio, ya que de conformidad con el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993 todos los contratos estatales deben ser juzgados por el juez administrativo, salvo las excepciones legales⁵².

Se deduce que esa debe ser la conclusión del Consejo de Estado toda vez que en la decisión de esa Corporación no se deja claro si deben reunirse los dos elementos, que se trate de un contrato estatal especial y que la finalidad del contrato esté vinculada directamente con la prestación del servicio. Por lo que se puede entender que sólo basta que se esté frente a un contrato "estatal especial", así su finalidad no esté relacionada de manera directa con la prestación del servicio.

Otra posible conclusión es que, conforme a lo dispuesto en los Artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, quedan sometidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo los contratos que celebren las demás entidades que presten servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, sin interesar si contienen o no cláusulas exorbitantes, como por ejemplo las controversias referidas al contrato de condiciones uniformes.

En síntesis, el Consejo de Estado interpretó que el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 no modificó las reglas que sobre jurisdicción contiene el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, las cuales se aplican a los contratos de las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

- Posteriormente, en auto de fecha 12 de julio de 2001, expediente 19214, la Sección Tercera revocó el auto de fecha

28 de abril de 2002 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia y dispuso que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para decidir sobre un contrato celebrado entre un particular y la empresa INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. y al efecto expuso que si bien el contrato objeto de controversia, de conformidad con el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, no tenía por objeto la prestación de un servicio público domiciliario, por el hecho de contener cláusulas excepcionales el juzgamiento correspondía a la justicia de lo contencioso administrativo.

En esta providencia se advierte que de alguna manera se regresa a la teoría de las cláusulas exorbitantes del auto de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, cuando en el auto 16.661 de 8 de febrero de 2001 tal criterio había sido abandonado.

- Mediante auto de fecha siete de febrero de 2002, expediente 20.928, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al decidir un recurso de apelación contra un auto del Tribunal Administrativo de Bolívar manifestó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era competente para conocer del asunto sometido a su estudio en razón a que el contrato que se aportó, entre otros documentos, como constitutivo del título ejecutivo, contiene cláusulas exorbitantes que de conformidad con la ley y la jurisprudencia otorgan competencia a esta jurisdicción para conocer del asunto". Es decir, el criterio es el de las cláusulas exorbitantes expuesto en el auto de Sala Plena, expediente S-701.

- Mediante auto de fecha 4 de abril de 2002, expediente 21.838, la Sección Tercera del Consejo de Estado al decidir sobre un recurso de apelación contra el auto de fecha 29 de agosto de 2001 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se pronuncia en el sentido que a pesar de tratarse de una empresa de servicios públicos privada, la ju-

jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para dirimir la controversia dado que se trata de un contrato de condiciones uniformes el cual está dentro de los contratos a que se refieren los Artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, como elemento material para atribuirle la competencia a esa jurisdicción.

- En sentencia de fecha 6 de junio de 2002, expediente 20634, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación de un laudo arbitral entre la empresa TELECOM y NORTEL NETWORKS DE COLOMBIA S.A., acoge igualmente la tesis expuesta en el auto de fecha 8 de febrero de 2001, expediente 16.661, en el sentido que es la naturaleza jurídica del contrato la que define la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto y no el régimen de contratación aplicable a la empresa, como el caso de TELECOM, cuyo régimen es de derecho privado. Es decir, a los contratos de las empresas de servicios públicos oficiales se les da el tratamiento de contratos estatales especiales.

En otras palabras, para el Consejo de Estado, en la definición del juez del contrato para nada incide la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.

- Como tantas veces se ha repetido, la decisión del Consejo de Estado que cambió de manera rotunda el criterio del auto de fecha 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, es la contenida en el auto 16.661 de 8 de febrero de 2001, caso más conocido como "Termorío".

Pues bien, apoyado en este cambio jurisprudencial, al Consejo de Estado le correspondió decidir sobre el laudo arbitral que en dicho proceso se ventilaba y en sentencia de fecha 1º de agosto de 2002, expediente 21.041, dispuso la nulidad de la cláusula compromisoria y la anulación tanto

del proceso arbitral como del laudo de 21 de diciembre de 2000.

En este fallo, se mantiene la tesis del auto de fecha 8 de febrero de 2001, expediente 16.661, es decir se ratifica la naturaleza del contrato estatal suscrito entre la empresa Electranta y Termorío y que el objeto del contrato está vinculado directamente con la prestación del servicio.

Lo único nuevo en esta Sentencia con relación a la decisión del 8 de febrero de 2001 es la afirmación según la cual las empresas de servicios públicos mixtas⁵³ al igual que las industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios son entidades estatales, es decir conforman la rama ejecutiva del poder público⁵⁴. El Consejo de Estado, asimiló las empresas de servicios públicos mixtas a las sociedades de economía mixta.

Esta tesis es contraria a la que ha venido sosteniendo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁵⁵ y algunos especialistas en el tema como el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos⁵⁶, quienes afirman que las empresas de servicios públicos mixtas y las sociedades de economía mixta son categorías o formas jurídicas asociativas muy distintas, tema sobre la cual no se hará análisis alguno por no corresponder al objeto de este trabajo.

5.3 RETORNO AL CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

- Llegó a conocimiento del Consejo de Estado el auto de 5 de noviembre de 2002 proferido por el Tribunal Adminis-

⁵³ Ley 142 de 1994, Artículo 14.6

⁵⁴ Ley 489 de 1998, Artículo 38

⁵⁵ CONCEPTOS SSPD 2000130000557 Y 2001130000164, entre otros

⁵⁶ Se puede consultar en Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica Tomo IV, Pág 85 en la cual se publicó parte de un documento que el citado profesor elaboró para la Empresa Antioqueña de Telecomunicaciones EADE.

trativo de Casanare mediante el cual este Tribunal resolvió que era competencia de la justicia ordinaria la nulidad de una resolución de adjudicación expedida por el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de YOPAL -EICE ESP- (empresa industrial y comercial del Estado) en un contrato que tenía por objeto la administración de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Yopal,

El Consejo de Estado, mediante auto de fecha 15 de mayo de 2003, expediente 23.908, decide confirmar el auto del Tribunal de Yopal con base en los siguientes argumentos:

*La sala observa de acuerdo con el estudio anterior, particularmente que la minuta del contrato que aparece en el pliego de condiciones, elaborado por la "Empresa de acueducto y alcantarillado de Yopal" en la licitación pública LP-001-99 para la administración del sistema de acueducto, alcantarillado y aseo en el municipio de Yopal **no contiene cláusulas exorbitantes** (Fol. 187 a 195 C.1). (negritas fuera de texto).*

*Por lo tanto el acto demandado no es objeto de conocimiento de esta jurisdicción pues se trata de un acto precontractual **respecto del cual ni el pliego de condiciones ni en la minuta del contrato se contienen cláusulas exorbitantes** (negrilla fuera de texto).*

Como puede verse, en esta decisión lo único que se analiza es el aspecto relativo a las cláusulas exorbitantes, esto es, de alguna forma se regresa a lo dicho en el auto de Sala Plena de septiembre de 1997, expediente S-701.

En este caso no se tuvo en cuenta como en el de Termorío que se trataba de una empresa estatal y que la finalidad del

contrato tenía relación directa con la prestación del servicio (Ley 446 de 1998, Arts 40 y 42).

Podría pensarse que si el Consejo de Estado en este último pronunciamiento no tuvo en cuenta que se trataba de un contrato cuya finalidad estaba relacionada de manera directa con la prestación del servicio, estaría interpretando además que los Artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998 se refieren únicamente al contrato de servicios públicos o contrato de condiciones uniformes y que se adoptó una posición contraria a la que se fijó en el caso de "Termorío".

Si esa es la interpretación de lo dicho en el expediente 23.908 habría que agregar, entonces, que tal criterio está conforme con lo expuesto por el profesor Carlos Betancur Jaramillo⁵⁷.

⁵⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho procesal administrativo, Señal Editora, Medellín, Quinta edición, Pág 116 y s.s. "Pero ahora surgen nuevas inquietudes e interrogantes con la expedición de la Ley 446 de 1998, en la cual, en sus Arts. 32 y 42, modificatorio aquél del Art. 132 del C.C.A y creador éste del nuevo Art. 134 B), al distribuir las competencias de primera instancia en los tribunales y juzgados administrativos (nº 5) habla de "los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando la finalidad esté relacionada directamente a la prestación del servicio" (la negrilla es nuestra). "Pues bien, este supuesto cambio de la jurisprudencia de la Sala Plena por la norma que se deja transcrita es más aparente que real, ya que todo estriba en saber cuál es el alcance de la condición que trae la norma en el aparte subrayado, ya que ni siquiera fue la intención de los redactores de la Ley cambiar el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios o E.S.P. y menos modificar una jurisprudencia por vía legislativa. Afirmamos esto porque formamos parte de la comisión redactora del proyecto del Gobierno, cuando a la sazón era Consejero de Estado, con otros ilustres miembros de la corporación, entre quienes estaban los Drs. Dolly Pedraza de Arenas, Daniel Suárez Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria O. y Amado Gutiérrez V. y otros funcionarios del Ministerio de justicia.

Con esta referencia a la historia de la creación de la norma, estimamos que la jurisprudencia de la Sala Plena citada atrás se manifiesta en su integridad y se facilita con ello el control más ágil y eficaz de los actos y contratos de las E.S.P., dejando a la jurisdicción administrativa sólo el control de los contratos de servicios públicos (Arts. 128 y s.s. de la Ley 142 de 1994) y de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes (Art. 31); y de los actos expedidos con fundamento en aquellos contratos y que de alguna forma afecten la prestación del servicio público o la ejecución del contrato, tales como la negativa a su celebración, la suspensión, terminación, corte y facturación, que son típicos actos administrativos susceptibles no sólo de agotamiento de vía gubernativa (con reposición ante el autor del acto y apelación ante la Superintendencia Nacional de Servicios Domiciliarios), sino también de control ante la jurisdicción administrativa. Adscribiendo a la jurisdicción ordinaria (más accesible al público en general como que en cada localidad existe un juez ordinario), el resto de los asuntos.

Creemos, entonces, que la interpretación que se deja vista de los nros 5 de los arts. 132 y 134B del C.C.A. en el extremo "su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio", debe ser restrictiva y no la amplia que formalmente presenta la redacción de la nueva Ley de descongestión, porque con criterio extremo podría sostenerse que todas las controversias deriva-

para quien la Ley 446 en nada modifica la jurisprudencia del auto de Sala Plena de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, y que, en consecuencia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo es competente para juzgar los contratos de servicios públicos (Ley 142 de 1994, Artículo 128), los que contengan cláusulas exorbitantes (Artículo 31); y los actos relativos a la negativa a celebrar el contrato, suspensión, terminación, corte y facturación (Artículo 154).

- Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 24.420, decisión de fecha 5 de junio de 2003 al confirmar un auto del Tribunal Administrativo del Meta expuso que esa jurisdicción era competente para conocer del asunto en que era parte una empresa de servicios públicos en razón a en el contrato se habían pactado cláusulas exorbitantes.

En este caso, sólo se tuvo en cuenta el tema de las cláusulas exorbitantes, sin entrar a analizar como se hizo en el auto de 8 de febrero de 2001, expediente, 16.661, si se trataba de una entidad estatal⁵⁸ o si la finalidad del contrato estaba vinculada directamente con la prestación del servicio.

En conclusión, en las dos últimas decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expedientes 23908 y 24.420 lo relevante es lo relativo a las cláusulas exorbitantes para efectos de definir el juez competente.

das de tales contratos serían de la jurisdicción administrativa, ya que todos están en una u otra forma, unidos a la prestación del servicio público. Si esa hubiera sido la intención del legislador se hubiera redactado la norma sin la condición cuestionada.

Fuera de lo dicho, si una de las finalidades de esa Ley 446, frente a la jurisdicción administrativa, fue precisamente la de buscar su descongestión, no tiene presentación afirmar que todos los conflictos derivados de los contratos de las E.S.P. sean de su conocimiento. La interpretación meramente literal rechaza también esta conclusión, porque da a entender que existen contratos de tales empresas en los cuales su finalidad no está vinculada "directamente", sino sólo en forma indirecta. ¿Cuáles, entonces? Creemos que la respuesta no es otra: Los que no encajen ni en los Arts. 128 y s.s. ni en el 31 de la Ley 142".

⁵⁸ Se recuerda que en esa decisión de 8 de febrero de 2001 el Consejo de Estado asimiló las empresas de servicios públicos mixtas con entidades estatales, pero además no aclaró si era necesario que concurrieran los dos elementos o sólo uno de ellos para atribuir competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o sólo uno de ellos: a) Que se trata de una entidad estatal y b) que la finalidad del contrato esté vinculada directamente con la prestación del servicio.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, "De la regulación de los contratos de las entidades públicas y en especial de los llamados contratos estatales" Artículo publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 322

ATEHORTÚA RÍOS Carlos Alberto, "El derecho Administrativo en Colombia y la modernización del Estado", Artículo publicado en Revista Derecho del Estado, No 2, julio de 1997, Universidad Externado de Colombia

ATEHORTÚA RÍOS Carlos Alberto, "Régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos mixtas en el sector de las telecomunicaciones" En: documento preparado por el citado profesor para la Empresa Antioqueña de Telecomunicaciones, EDATEL S.A E.S.P.

ATEHORTÚA RÍOS Carlos Alberto, Régimen jurídico aplicable a las empresas a las empresas de servicios públicos mixtas en el sector de telecomunicaciones, Artículo publicado en el libro "Servicios públicos domiciliarios, Actualidad Jurídica- tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto "El derecho Administrativo en Colombia y la modernización del Estado", Artículo publicado en Revista Derecho del Estado, No 2, julio de 1997, Universidad Externado de Colombia.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho procesal administrativo, Señal Editora, Medellín, Quinta edición

CHEMÁS JARAMILLO, Jorge Eduardo, "Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano", Artículo publicado en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, junio de 2002.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO www.cra.gov.co

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS www.creg.gov.co

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES www.creg.gov.co



CONSEJO DE ESTADO. Sentencias Sala de Consulta y Servicio Civil,

CONSEJO DE ESTADO. Sentencias Sección Tercera - Relatoría

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias. Compilación 1992-2003.

PALACIOS MEJÍA Hugo. Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, Artículo publicado en la revista Supervisión editada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

PALACIOS MEJÍA, Hugo. El derecho de los servicios públicos, Derecho Vigente, Bogotá, D.C., 1999

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Actualidad Jurídica en Servicios Públicos, Tomo I, Bogotá, junio 1996.

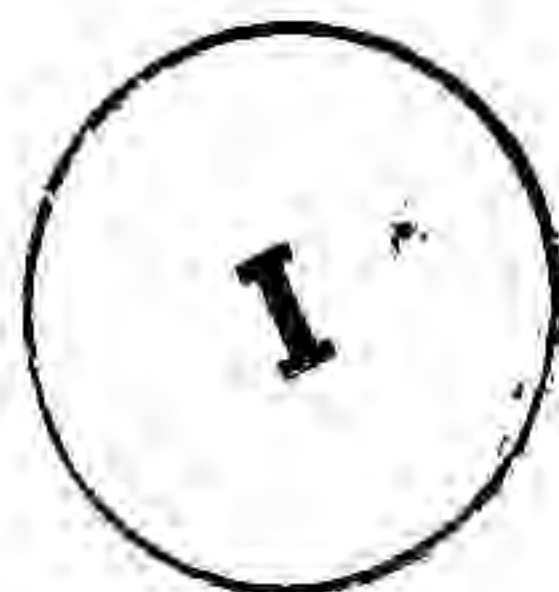
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Actualidad Jurídica en Servicios Públicos, Tomo II, Bogotá, marzo 1997.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Actualidad Jurídica en Servicios Público, Tomo III, Bogotá, abril 1998.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios Públicos Domiciliarios - Actualidad Jurídica IV-, Imprenta Nacional, Primera Edición, Bogotá, noviembre de 2001.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Conceptos de la Oficina Asesora Jurídica.

VELÁSQUEZ RESTREPO Gabriel Jaime. "Régimen Jurídico contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994", Artículo publicado en la Revista Jurídica de Empresas Varias de Medellín.





Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios**

República de Colombia