
SECCIÓN DOCENTES INVESTIGADORES

RÉGIMEN CONTRACTUAL COLOMBIANO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS*

Juan Ángel Palacio Hincapié**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: agosto 30 de 2006.

Fecha de aceptación: octubre 16 de 2006.

Resumen

Dilucidar el problema de la legislación aplicable en materia de contratación, facilita una adecuada interpretación de las normas que rigen las relaciones contractuales de las empresas de servicios públicos mixtas y conduce a puntualizar aquellos casos en los cuales no existe claridad en cuanto a la jurisdicción competente, para conocer de las controversias originadas en sus actuaciones.

La normatividad que debe aplicarse en materia de contratación de servicios públicos domiciliarios no se encuentra claramente definida, más aún, no es posible determinar cuál régimen debe aplicarse entre el derecho privado y el público, o si a las entidades mixtas prestadoras de servicios públicos, les es aplicable un régimen diferente al de las entidades privadas prestadoras de los mismos o por el contrario, si se encuentran sometidas a un régimen especial, o simplemente al propio de la naturaleza mixta que caracteriza a las empresas de servicios públicos de igual condición y del cual depende indudablemente su régimen de contratación.

* Este artículo presenta los resultados de la investigación terminada "Régimen Contractual Colombiano de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas", de la línea de investigación "Contratación Estatal", desarrollada por el Grupo de Derecho Público de la facultad de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, reconocido por Colciencias – Categoría A (2006 – 2009)

** Investigador de la facultad de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, director de la Línea "Contratación Estatal", abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en derecho administrativo y en derecho público de la misma Universidad. Tratadista, y actualmente Consejero de Estado. Asistentes investigadores: Elizabeth Josefina Cotes Méndez, Luz Aurora Espinosa Tobar, Amanda Pardo Olarte, Elisana Velásquez Fandiño y Oscar Augusto Páez Murcia, egresados de la maestría en Derecho Administrativo.

No existen escritos especializados dedicados a tratar exclusivamente la materia, razón por la cual no se dispone de un marco teórico que sirva de fuente de consulta a quienes están interesados en el tema, aun cuando se han realizado algunos seminarios en las universidades Externado de Colombia y Pontificia Bolivariana de Medellín y en las mismas empresas prestadoras de servicios públicos, sin que hasta la fecha se haya llegado a conclusiones definitivas. Todas estas razones motivaron la presente investigación, cuyo resultado se pone a consideración de aquellas personas a quienes se encuentra dirigida.

Palabras clave

Régimen contractual, empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, jurisdicción competente, derecho público, derecho privado, contratos.

COLOMBIAN CONTRACT'S RULE OF JOINT ENTERPRISES OF DOMICILIARY PUBLIC SERVICES

Abstract

To establish the problem of correct legislation applicable in contractings's matter, expedite an appropriate interpretation of laws that rules contracts relations of joint enterprises¹ of publics services and drives into a point of reference for some cases where is no clear the competent jurisdiction to know and judge controversys gave rise in their actions.

Norms that rules in domiciliary publics services are not clear, more from it, it's not possible to establish what are the Law to apply between Private or Public, or if for join enterprise of public services, are applicable a different Law with regard to private companies of publics services, or just simplify, their Law is the same as applicable for enterprises of public services with join nature and condition, and which also important for the contract's legal rule.

It doesn't exist many specialize studies about these matter, so there isn't a previous conception serves as a helping consult source for those people who are interesting in these problem, even when it had been doing some seminars in "Externado de Colombia"

¹ Enterprises with two kinds of shareholders: a public one with fifteen percent of all stocks and a other private with equal participation.

and “Pontificia Bolivariana of Medellín” universities and even by the same enterprises of public services, without finding a solution until this date. All this reasons motive this search, which conclusions are in the considerations of the interest sector.

Keywords

Contract’s rule, joint enterprises of domiciliary public services, competent jurisdiction, public law, private law, contracts.

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas de servicios públicos mixtas, surgen como una respuesta a la huída del esquema de la descentralización por servicios de la reforma administrativa de 1968, donde el Estado interviene en la economía y participa en ella con unos entes administrativos que hacen parte de su estructura. A partir de la Carta Política de 1991, y dentro de esa misma filosofía de intervención económica, al Estado le corresponde prestar directamente los servicios públicos, excepto cuando ellos sean atendidos por un particular, evento en el cual, su actuación será la de servir como garante para la adecuada prestación de los mismos.

No obstante, el Estado tiene la posibilidad de aportar capital en algunas empresas formadas con los particulares, que da lugar al surgimiento de las empresas de servicios públicos mixtas, cuyo aporte oficial al capital es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), pero no por eso la convierte en una empresa de economía mixta, ni tiene las prerrogativas jurídicas de una empresa industrial y comercial del Estado, también aparecen las empresas de servicios públicos privadas con aporte estatal.

Surgen constantes conflictos, dudas e interpretaciones en materia de contratación de las empresas de servicios públicos mixtas, incertidumbre frente a cuál régimen jurídico deben estar sometidos sus contratos, si al derecho común, si al derecho público; si debe aplicarse lo referente a la materia de contratación estatal, Ley 80 de 1993, o si sólo debe regirse por la Ley 142 de 1994; cuál es la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se originen por sus actos, hechos y omisiones en la contratación.

Los anteriores aspectos, motivaron a la realización del presente estudio sobre la normatividad existente para las empresas de servicios públicos mixtas, al igual

que la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, indagando sobre los problemas prácticos que han tenido algunas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, mediante la consulta escrita y verbal, de las cuales se tomó como muestra a las empresas del sector de las telecomunicaciones, analizando los diferentes criterios sobre la naturaleza jurídica que se han venido aplicando a dichas entidades.

La contratación de las empresas de servicios públicos está sometida a unas reglas especiales, por cuanto con ella se satisface la atención de las necesidades básicas de la comunidad, por conducto del colaborador de las mismas, el contratista. Por tal razón, se encuentra reglamentada en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994).

La aplicación del régimen de contratación, de derecho público o privado en las empresas de servicios públicos, se encuentra ligada no sólo a la clase de servicio, tipo de contrato, sino a la naturaleza jurídica y a la condición monopólica de quien presta el servicio.

El régimen contractual de las empresas de servicios públicos, precisado por la Corte Constitucional, es el tema que tratamos en este artículo, en el cual se presentan aspectos relativos a la fuente legal de la contratación, principios de interpretación, régimen de contratación de entidades estatales, cláusulas exorbitantes, contratos requeridos por las empresas de servicios públicos para el cumplimiento de su objeto, contratos de los entes territoriales, contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes.

Se trata igualmente el régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, de derecho privado por vía general y de derecho público de manera excepcional y régimen mixto del contrato de condiciones uniformes.

II. RESULTADOS

1. RÉGIMEN CONTRACTUAL

1.1. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS

El tema de los servicios públicos domiciliarios y la contratación administrativa, adquieren gran impor-

tancia dentro del contexto actual de las relaciones entre el Estado y los administrados, debido a que en el ámbito mundial el papel del Estado ha cambiado, pasando de ser un Estado benefactor a interventor, como proveedor de algunos bienes y servicios, hacia el denominado Estado neoliberal, en el cual su actuación administrativa se limita a regular las relaciones entre los particulares, en donde éstos últimos, preferiblemente, suplen las necesidades básicas de los asociados a través de la prestación de los servicios públicos.

En cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 365, se expidió la Ley 142 de 1994, norma que da un paso adelante en esta dirección, fijando el régimen jurídico aplicable tanto a los servicios públicos, como a las actividades que realizan las personas prestadoras de dichos servicios, a las actividades complementarias y a otros servicios previstos en normas especiales de la misma².

Igualmente, la ley en cumplimiento de ese mismo mandato constitucional, regula la forma cómo el Estado ejercerá las funciones de intervención en la prestación de estos servicios, estableciendo las condiciones bajo las cuales cumplirá tal actividad, garantizando la calidad de los bienes y servicios, determinando la forma en que han de prestarse y la vigilancia en la ejecución y desarrollo del mismo, entre otros aspectos.

La constitucionalidad del régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, al igual que muchos otros aspectos contenidos en la Ley 142 de 1994, fue declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-066 de 1997, precisando que la Constitución Política atribuyó al Legislador la potestad de definir el régimen jurídico de los servicios públicos, proceso que efectivamente se surtió con la posterior expedición de la Ley 142 de 1994, género en que se enmarcan los servicios públicos domiciliarios y del cual hace parte el régimen de contratación aplicable a las entidades oficiales, a las

comunidades organizadas y a los particulares, que presten estos servicios³.

Para la Corte, el Constituyente dejó en manos de la ley la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, sin que para aquel entonces se tuviera en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado.

En ejercicio de esta facultad, el legislador en la Ley 142 de 1994, dispuso que el régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios fuera de derecho privado, de manera general y de derecho público por vía de excepción, teniendo en cuenta que los mismos no sólo pueden ser prestados por el Estado, sino por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones, etc.⁴, estableciendo de esta forma una dualidad, al permitir que algunos contratos se rijan por el derecho privado y otros por el derecho público, prevaleciendo en algunos las reglas del derecho público y en otros las de derecho privado, el cual se determina para cada caso en particular.

La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios consagra una reglamentación especial en materia de contratación, con fundamento en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, a diferencia de la contratación de la Administración Pública, que fue expedida de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Carta. En este sentido, la expedición de los regímenes de contratación aplicable a dichas empresas será particular, pues el sólo fundamento constitucional también lo es.

1.2. FUENTE LEGAL DE LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Aspectos tan importantes como el régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, las normas generales sobre principios de interpretación, régimen de la contratación, régimen de derecho privado para los actos de las empresas, facultades especiales para la prestación de servicios públicos, prohibición de prácticas

² Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 1.

³ Constitución Política de Colombia, artículo 365.

⁴ Ley 142 de 1994, artículo 31.

discriminatorias, abusivas o restrictivas, deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas, reglas contractuales especiales, desestimación de la personalidad interpuesta, efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos, contratos especiales y áreas de servicio exclusivo, se encuentran desarrollados en los artículos 30 a 40 del Título II de la Ley 142 de 1994. El contrato de servicios públicos, su naturaleza y características, derecho de los usuarios, cumplimiento y prestación del mismo, instrumentos de medición y determinación del consumo facturable, facturas y defensa de los usuarios en sede de la empresa, está comprendido en los artículos 128 a 159 del Título VIII de la Ley 142 de 1994.

El régimen de contratación de las empresas que prestan el servicio público de electricidad, se encuentra regulado en la Ley 143 de 1994, debiendo acudir a la Ley 142 de 1994, en los aspectos no contemplados en dicha norma, tal como sucede con los casos que susciten controversia.

1.3. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

Dispuso el legislador en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos, que las normas sobre contratos que la ley contiene, se interpreten de acuerdo con los principios consagrados en el título preliminar, comprendidos en los artículos 1 a 14 y corresponden entre otros, a los de eficiencia, eficacia, calidad, información, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, que se impidan los abusos de la posición dominante, como ordena el artículo 333 de la Constitución Política⁵.

⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el

1.4. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, dispone lo relativo al régimen de contratación de las entidades estatales, la inclusión de cláusulas exorbitantes en cierto tipo de contratos de cualquier empresa de servicios públicos y la obligación de los entes territoriales de regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando se trate de contratos en los cuales las empresas de servicios públicos asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación.

La modificación del artículo 31 producida por la Ley 689 de 2001, en el sentido de disponer que los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere la ley, no estén sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, salvo en lo que la ley disponga otra cosa, acabó con las posiciones doctrinarias encontradas, planteadas a raíz de la expedición de la Ley 142 de 1994, referidas al régimen de derecho público o privado, aplicable a los contratos que debían celebrar las entidades estatales, a diferencia de lo que acontecía con el modificado artículo 31 de la Ley 142 de 1994⁶, en el cual de manera poco clara se llegaba al derecho privado, por remisión del Legislador al Parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, normatividad que se aplicaba a los contratos de las entidades estatales que tuvieran por objeto la prestación de los servicios públicos.

Cont. nota 5

mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

⁶ Ley 142 de 1994, artículo 31. "Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de estos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993..."

En igual sentido ha de entenderse, que el Estatuto de Contratación Estatal se debía aplicar para aquellos contratos que no tuviesen por objeto la prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal, interpretación que se prestaba para tomar posiciones en cuanto al objeto del contrato y su relación directa o indirecta con la prestación del servicio.

Si bien, la Ley 689 de 2001, precisó la inaplicación del Estatuto de Contratación Estatal para todos los contratos que realicen las entidades estatales que presten los servicios públicos, tal precisión no trajo como consecuencia directa la definición del juez que debe dirimir las controversias contractuales de estas entidades, como se verá en el capítulo correspondiente a la jurisdicción y competencia.

1.5. CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Los aspectos generales de las cláusulas exorbitantes, expuestos en la obra *La Contratación de las Entidades Estatales*,⁷ constituyen el mecanismo otorgado por la ley, de control y dirección de los contratos, a cargo de la entidad, el cual quiebra el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad e igualdad contractual, propios del derecho civil, debido a que la contratación busca satisfacer el interés general y el cumplimiento del objeto plasmado en el contrato, lo cual se logra aplicando las medidas correctivas, tales como, la ejecución de la obra directamente en el evento en que el contratista la suspenda, vigilando la calidad técnica y material, asegurando el cumplimiento oportuno, incluyendo algunas cláusulas relativas a la interpretación unilateral del contrato, sanciones, declaratoria de incumplimiento, caducidad, etc.

Para Georges Vedel⁸, autor citado en la obra antes referenciada, se entiende por cláusula exorbitante las “estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos

y obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”.

Las cláusulas exorbitantes o excepcionales están reguladas por la Ley 80 de 1993, las cuales son consideradas como excepcionales al derecho común y son utilizadas por las entidades estatales como un medio para el logro del cumplimiento del objeto contractual y de los fines de la contratación pública⁹.

⁹ Estas cláusulas están consagradas en los artículos 15 al 19 de la Ley 80 de 1993, y son:

De terminación, interpretación y modificación unilaterales: La entidad estatal puede hacer uso de esta cláusula, cuando durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, en el evento de no lograrse un acuerdo, la entidad estatal, interpretará mediante acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

De modificación unilateral: Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegaren al acuerdo respectivo, la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. No obstante, si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%), o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución, produciendo en consecuencia, la ordenación de la liquidación del contrato y la toma de las medidas necesarias para garantizar la terminación del mismo.

De terminación unilateral: Igualmente a través de esta figura, la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado, dispondrá de la terminación anticipada del contrato, cuando se dé cualquiera de los siguientes eventos: Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo impongan; por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. En todo caso la entidad debe disponer de las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento

⁷ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. 4ª Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2003.

⁸ VEDEL, Georges. En: PALACIOS HINCAPIÉ Juan Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, 4ª Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2003.

Establece el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria o autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, caso en el cual lo relativo a estas cláusulas se regirá por la Ley 80 de 1993, en lo que sea pertinente, y que los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas o se ejerciten esas facultades, se encuentran sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

La norma es clara en precisar el régimen de derecho público y la obligación de todas las empresas de servicios públicos de incluirlas en los contratos que establezcan las comisiones de regulación y así como en aquellos para los cuales las empresas de servicios públicos hayan solicitado y obtenido autorización de la respectiva Comisión.

Sin embargo, del texto de la norma surgen interrogantes que tienen que ver con el régimen apli-

Cont. nota 9

del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

De caducidad y sus efectos: Si se llegaren a presentar hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control de intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del contrato, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, si a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley, además su declaratoria, es constitutiva del siniestro de incumplimiento.

De la reversión: Esta cláusula se pacta en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales y consiste en que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, pasen a ser de propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

cable a los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos, cuando se incluyan cláusulas exorbitantes, de manera facultativa, previa autorización de la comisión de regulación respectiva.

Así mismo, se plantea la necesidad de establecer si como consecuencia del ejercicio de las facultades excepcionales otorgadas a determinada empresa de servicios públicos, tiene aplicación el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, así como el juez competente para conocer las controversias de los contratos en los cuales, incluidas las cláusulas exorbitantes, surjan controversias relativas a aspectos diferentes a su aplicación.

Este último aspecto ha sido ampliamente definido por vía de jurisprudencia, acorde con pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que al respecto ha dicho:

(...) Habiéndose estipulado en el contrato una cláusula exorbitante como es la de CADUCIDAD, se aplica el precepto normativo señalado y en consecuencia, la jurisdicción Contencioso administrativa es competente para conocer del presente asunto; es necesario reiterar que, como lo ha sostenido ésta Corporación, su competencia en estos casos, no se limita a la discusión de las cláusulas exorbitantes contenidas en el respectivo contrato¹⁰.

Pese a que la controversia que plantea la demanda no se refiere al control de legalidad de ninguna de las mencionadas cláusulas exorbitantes, sino a que la empresa de servicios públicos domiciliarios incumplió el contrato que celebró con la parte actora, esta Sala precisó en la providencia del 26 de marzo de 1997, expediente 14.000 lo siguiente:

A pesar de que tanto el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, como el Artículo 8° de la Ley 143, del mismo año, parecieran limitar la competencia de la Jurisdicción Contencioso administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes deri-

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación No. 17674 2000. C.P. Alier Hernández Henríquez.

vados de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la continencia de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias. Con fundamento en las anteriores consideraciones, debe concluirse que como en el contrato que celebraron las partes en este proceso se incluyeron cláusulas exorbitantes, corresponde a esta jurisdicción conocer de todas las controversias que se susciten en razón del mismo¹¹.

Los demás temas han sido tratados por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, en los siguientes términos¹²:

(...) La señora Ministra de Comunicaciones, formula a la Sala de consulta sobre la aplicación de las cláusulas excepcionales a algunos contratos que celebran las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Las preguntas tienen el siguiente texto:

Teniendo en cuenta que el artículo 31 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios establece el régimen jurídico aplicable a las cláusulas exorbitantes, cuando su inclusión es forzosa y no hace alusión al régimen aplicable tratándose de cláusulas exorbitantes, cuya inclusión obedece a su autorización por parte de las comisiones de regulación, previa solicitud del interesado (...)

La Sala considera:

(...) La comisión¹³ decidió hacer obligatoria la incorporación de las cláusulas exorbitantes

solamente a unas clases de contratos, esto es, a los contratos de obra, de consultoría y de suministro de bienes, siempre y cuando su objeto se relacione directamente con la prestación del servicio y cuyo incumplimiento afecte su prestación, celebrados, no sólo por las empresas de servicios públicos como lo prevé el inciso 2º del artículo 31 de Ley 142 de 1994, sino por todos los operadores de TPBC (Artículo 1.3.38), los cuales están sometidos a la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de tal manera que su régimen es el previsto en la Ley 80 de 1993.

Estima la Sala que el mismo régimen de derecho público contenido en esta Ley 80 resulta aplicable en los casos, en que previa consulta expresa, se incorporen en ejercicio de la autonomía de la voluntad, con autorización de las comisiones de regulación, las cláusulas excepcionales en los contratos diferentes a aquellos en que su inclusión sea forzosa; así lo ha expresado esta Corporación en oportunidad anterior.

Por ello resultan aplicables, se reitera, las reglas de derecho público que regulan tales cláusulas, tanto la descripción de los supuestos de hecho que las tipifican para ser incorporadas en los contratos, como las consecuencias que de su aplicación se derivan.

Valga resaltar que el juez contencioso administrativo, siempre es el competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos conforme lo establece el artículo 132.5 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998.

Entre los efectos específicos resultantes de la aplicación de las cláusulas excepcionales, está el caso de las inhabilidades e incompatibilidades, evento que se configuraría, por ejemplo, cuando una empresa de servicios públicos privada, previa autorización de la comisión de regulación, incorpora al contenido contractual la cláusula de terminación unilateral del contrato o la de su caducidad (Artículo 31 inciso 2º), o se llega a su celebración previo el procedimiento de licitación pública para escoger al

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación 17234-2000 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1353. junio 28 de 2001. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹³ Resolución 087 de 1997. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC).

contratista (Artículo 35), y como consecuencia de ello tiene lugar la aplicación exceptiva de reglas del derecho público, es decir la Ley 80 de 1993 (...)

La Sala responde:

1. El régimen aplicable a las cláusulas excepcionales, incorporadas a los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, previa autorización de su inclusión por las comisiones de regulación, esto es, cuando no es obligatoria, conforme a la Ley 142 de 1994, es el previsto en el estatuto general de contratación de la administración pública o Ley 80 de 1993.

2. Las cláusulas excepcionales, incorporadas a un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos privada, previa autorización de la comisión de regulación, están sometidas al mismo régimen aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales (públicas), previsto para tales cláusulas en la Ley 80 de 1993, incluidos particularmente los artículos 8º en concordancia con el 14 y el 18, y por tanto, generan consecuencias y efectos jurídicos idénticos.

3. El ejercicio de los poderes administrativos especiales explícitos en las cláusulas excepcionales por la incorporación de éstos en los contratos celebrados por operadores de telecomunicaciones, ya sea que su inclusión sea forzosa conforme al artículo 2.26 de la Resolución 087 de 1997 de la CRT o voluntaria, previa autorización de la comisión de regulación (Artículo 31, de la Ley 142 de 1994), produce los efectos previstos en la Ley 80 de 1993, y en el Código Contencioso Administrativo.

1.6. CONTRATOS REQUERIDOS POR LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO PARA EL CUAL FUERON CREADAS

Como quiera que la acción empresarial implica un despliegue de actividades, la Ley 142 de 1994, consagró y clasificó los contratos que se han considerado

como necesarios para el cumplimiento del objeto social para el cual fueron creadas dichas empresas y para efectos de garantizar el ejercicio de las gestiones a ellas encomendadas, los cuales se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Contratos celebrados por los entes territoriales para la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios¹⁴.
- Contratos especiales para la gestión de los servicios públicos¹⁵.
- Contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes¹⁶.

1.6.1. Contratos celebrados por los entes territoriales para la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios

Dispuso el Legislador en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, la obligación de los entes territoriales de regirse por la Ley 80 de 1993, cuando celebren contratos con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos, o para que sustituyan en la prestación a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación.

Por disposición expresa de la ley, los mencionados contratos deben regirse para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación y especialmente por el trámite licitatorio para efectos del proceso de selección del contratista¹⁷.

En lo que respecta a la obligación de los entes territoriales de regirse por la Ley 80 de 1993, conviene anotar que tal imposición se explica por cuanto el

¹⁴ Ley 142 de 1994, artículo 31, Párrafo.

¹⁵ Ley 142 de 1994, artículo 39.

¹⁶ Ley 142 de 1994, artículo 128.

¹⁷ Si bien esta obligación quedó consagrada en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, ello no quiere decir que fuera lo pertinente, por cuanto se coarta la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política y 10 de la Ley 142 de 1994, además por ser contrario a lo regulado en el artículo 39 de la misma Ley de Servicios Públicos.

Legislador consideró la necesidad de garantizar la participación en igualdad de condiciones, para las diferentes personas prestadoras de servicios públicos, que aspiren a prestar los servicios públicos en el municipio, así como el sometimiento del contrato resultante al Estatuto de Contratación Estatal, dado que se estaría ante una especie de contrato de concesión.

Tal obligación regulada en el mencionado artículo 31 recobra aún más fuerza, si se considera que todos los actos y contratos desarrollados o celebrados por las entidades territoriales se rigen por la Ley 80 de 1993, y en tal sentido seguramente el Legislador consideró que no era sano ni pertinente propiciar diferencias o excepciones entratándose de entidades de la misma naturaleza, situación que precisamente debió replantear posteriormente como en efecto sucedió con la expedición de la Ley 689 de 2001¹⁸.

1.6.2. Contratos especiales para la gestión de los servicios públicos

El artículo 39 de la Ley 142 de 1994, hace una relación de contratos denominados especiales para la gestión de los servicios públicos¹⁹, los cuales se rigen por el derecho privado o por el derecho público, según lo establece de manera expresa el Legislador, dentro de estos se encuentran los siguientes:

√ Contratos de Concesión

En la Ley 80 de 1993, las principales modalidades de concesión están consagradas en el numeral 4° del artículo 32, dentro de los cuales se encuentran los servicios públicos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 142 de 1994, su celebración se realiza entre quienes prestan el servicio y las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas y el espectro electromagnético en la prestación de los servicios públicos, señalándoles además como obligación, la de invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado. Ambos regidos en cuanto a

los aspectos contractuales por la citada Ley 80 de 1993.

De acuerdo con lo señalado en el Estatuto de Contratación Estatal, los contratos de concesión corresponden a los celebrados por las entidades estatales, con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso del público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier modalidad de contraprestación que las partes acuerden²⁰. De cualquier manera, el Estado nunca transfiere el dominio al concesionario, pues su titularidad sigue siendo pública.

En los contratos de concesión se debe tener en cuenta, que no sólo se aplican las leyes 142 y 143 de 1994, y las demás normas a las cuales éstas hacen referencia, sino las normas especiales que regulan la materia²¹, para cada caso en particular, esto es por ejemplo, si se trata de un contrato en donde de por medio está el tratamiento de un problema de carácter ambiental, entonces deberá acudir a dicha legislación y a los demás aspectos regulados para el evento o tema de concesión, en casos como éste, se podría decir que se aplica el derecho público, además del propio de la Ley 80 de 1993.

Los principales contratos de concesión en materia de servicios públicos, se encuentran señalados en el artículo 39 y corresponden a los siguientes:

¹⁸ Ley 689 de 2001, artículo 3.

¹⁹ Ley 142 de 1994, artículo 39. "CONTRATOS ESPECIALES: Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:..."

²⁰ Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 4.

²¹ Ley 142 de 1994, artículo 39, numeral 39.1, Párrafo final, el cual fue declarado exequible por la Honorable Corte Constitucional mediante la Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

√ Contrato de concesión de aguas

Lo primero que debemos precisar frente a este aspecto es que, el contrato de concesión de aguas, es una modalidad del contrato de uso de recursos naturales o del medio ambiente. Este tipo de contratos, lo pueden celebrar las entidades que tienen bajo su responsabilidad la administración de las aguas, para facilitar su explotación y disfrute.

El Legislador quiso dar un tratamiento especial a estos contratos, en cuanto a su limitación en el tiempo, es de tres (3) años luego de otorgado. Si en ese lapso no se hubieren realizado inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general la Comisión Reguladora, según el tipo de proyecto, entonces la concesión habrá expirado.

Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para el aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos, para entre ellas adjudicar la concesión respectiva.

Este es un aspecto que en materia de explotación de tan preciado bien, aún está por perfeccionarse en cuanto a su regulación, pues hasta la fecha viene siendo atendido por las Corporaciones Autónomas Regionales bajo la vigilancia de la Superintendencia y siguiendo los preceptos consagrados para el otorgamiento de la concesión, no obstante y ante la disminución acelerada del bien líquido generada ante todo por el uso y abuso, se hace necesario la expedición de una norma especial y particular que regule no sólo los aspectos contractuales del contrato de concesión, sino ante todo, los relativos a su otorgamiento.

√ Contrato de acceso al espectro electromagnético

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de las telecomunicaciones, puede otorgarse a través de un contrato de concesión, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993.

Si bien, de acuerdo con lo señalado en el párrafo segundo del numeral 39.1 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, los contratos de concesión se deben sujetar a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal, se advierte la inaplicación del artículo 19 de

dicho Estatuto²², a bienes distintos de los estatales y el ingreso al presupuesto de la entidad concesionaria de la remuneración que se pacte.

Otro de los contratos de concesión es el requerido para la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, el cual está consagrado en la Ley 143 de 1994²³.

Según lo establecido en el artículo 55 de la mencionada Ley, a través de este contrato, "la Nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente..."²⁴.

√ Contratos de administración profesional de acciones

El contrato de administración profesional de acciones, es otro de los contratos de los denominados especiales por el artículo 39 de la Ley 142, son celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de selección para obtener o adjudicar el contrato.

En estos contratos puede encargarse también al fiduciario o mandatario de vender las acciones de las entidades públicas, en las condiciones y por los procedimientos que el contrato indique.

²² Este artículo hace referencia a la cláusula de Reversión, citada anteriormente.

²³ Ley 143 de 1994, Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.

²⁴ Ley 143 de 1994, artículo 55.

Consagra la Ley 142 de 1994²⁵, que a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas, que corresponden a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar establecidas en los artículos 8º, 9º y 10º de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, es preciso destacar que el Legislador al consagrar la anterior prohibición, quiso proteger el interés público implícito en la contratación administrativa, por el grado de influencia y poder de decisión que tanto el representante legal como los miembros de las juntas directivas de las entidades arriba indicadas, tienen en la adjudicación y celebración de un determinado contrato.

De esta modalidad de contrato, vale la pena destacar que si bien puede explicarse la aplicación de la Ley 80 de 1993, ello hace referencia es al tema de inhabilidades e incompatibilidades y en cuanto al régimen de contratación aplicable a los contratos de administración profesional de acciones, corresponde al derecho privado, por disposición expresa del artículo 39 de la Ley 142 de 1994²⁶.

√ Contratos Especiales celebrados por entidades oficiales

Los denominados contratos especiales de las entidades oficiales, se refieren a aquellos que el Legislador autoriza celebrar a las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

²⁵ Ley 142 de 1994, artículo 39, numeral 39.2.

²⁶ Ley 142 de 1994, artículo 39, modificado por la Ley 689 de 2001, artículo 4.

En cuanto a este aspecto conviene destacar que el término entidades oficiales se constituye el género dentro del cual el Legislador incluye a las entidades estatales, valga decir, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos oficiales y las entidades territoriales.

√ Contratos de interconexión en telecomunicaciones

El contrato de interconexión tiene por objeto, hacer posible el ejercicio del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones a comunicarse con otros usuarios de dicho servicio, ya sea de Colombia o del exterior, así como a disfrutar de las facilidades de la red sobre la cual se prestan, sin distinción del operador que les preste el servicio, de conformidad con la ley y la regulación²⁷. Las comisiones de regulación pueden adelantar de oficio las actividades necesarias para garantizar este derecho²⁸.

A través de esta clase de contratos, dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable, entendiéndose por interconexión, el negocio jurídico que establece los derechos y obligaciones de los operadores solicitante e interconectante con respecto al acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones y las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico que gobiernan el acceso, uso e interconexión. Hacen parte del contrato de acceso, uso e interconexión sus anexos, adiciones, modificaciones o aclaraciones.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus gran-

²⁷ El contrato de interconexión, está regulado por la Ley 142 de 1994. En materia de telecomunicaciones es reglamentado por la Resolución 575 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de telecomunicaciones, por la cual se modifica la numeración de la Resolución CRT 087 de 1997 y se actualizan sus modificaciones en un solo cuerpo resolutivo.

²⁸ Artículo 4.12 de la Resolución 575 de 2003, ya citada.

des proveedores o usuarios²⁹. Indica la Ley, que si las partes no convienen, la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien³⁰, cuando se haya vencido el plazo de negociación directa entre los operadores interconectante y solicitante y no se hubiere logrado un acuerdo, mediante resolución motivada³¹.

Este tipo de contratación se rige por el derecho privado, aun cuando sea suscrito entre entidades de carácter estatal o medie la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

√ Contrato para la extensión de prestación de un servicio

De conformidad con lo previsto en el numeral 39.5 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, en virtud de este tipo de contrato, una persona asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa.

En este caso el interesado en la ampliación del servicio, asume bajo su propia cuenta y riesgo la responsabilidad que esta modalidad contractual implica, pues como quiera que lo que se persigue es un beneficio particular, los gastos y costos no podrían ser asumidos por la empresa prestadora del servicio, quien debe velar siempre por la prosperidad y el beneficio social.

√ Contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes

El contrato tipo de la Ley 142 de 1994, es precisamente el denominado contrato de servicios públicos

o de condiciones uniformes³², el cual se rige por lo dispuesto en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, por las condiciones especiales que se pacten entre las empresas prestadoras de servicios y los usuarios, por las reglamentaciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas de los Códigos de Comercio y Civil. Su reglamentación se encuentra señalada en el Título VIII, artículos 128 a 159 de la mencionada ley.

El contrato de servicios públicos se constituye en la esencia de los servicios públicos domiciliarios y se caracteriza por ser un contrato de condiciones uniformes y especiales, consensual, típico, bilateral, oneroso, de adhesión, principal, de tracto sucesivo y mixto.

Su carácter especial y mixto obedece a la aplicación de normas de derecho público y privado en su formación, ejecución y terminación. Con respecto a esta modalidad de contrato de servicios públicos la Corte Constitucional ha señalado en sentencia C-493 de 1997³³, que: "Entre la empresa prestadora de servicios públicos y el usuario, existe una relación tanto contractual como estatutaria, es decir, legal y reglamentaria", por considerar que "su prestación involucra derechos constitucionales – salud, educación, seguridad social, etc. – y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado".

1.7. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

El régimen jurídico de derecho público o privado, aplicable a los contratos que celebren las empresas

²⁹ Ley 142 de 1994, artículo 39, numeral 39.4, Inciso segundo.

³⁰ Inciso tercero Ibídem.

³¹ Sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia C-585 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, aclaró que las entidades que tienen facultades para imponer la servidumbre por acto administrativo, son las entidades territoriales y la Nación, cuando tengan competencia para prestar el servicio público respectivo, y las comisiones de regulación.

³² Ley 142 de 1994, artículo 128. "CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella ...".

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-493, del 2 de octubre de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

prestadoras de servicios públicos, es determinado por el Legislador teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1.7.1. Régimen general de derecho privado de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios

Como se mencionó anteriormente, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, estableció el régimen de derecho privado aplicable a las entidades estatales prestadoras de servicios públicos y por excepción el de derecho público.

1.7.2 Régimen excepcional de derecho público, aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios

Como excepción a la regla general de aplicación del derecho privado a los contratos de las empresas de servicios públicos, el artículo 31 establece igualmente en su inciso segundo, la aplicación de las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, cuando las comisiones de regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes, en cierto tipo de contratos, o autoricen su inclusión, previa consulta expresa. De manera indistinta a todas las empresas de servicios públicos, indicando que cuando esta inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas o se ejerciten esas facultades, estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La norma hace referencia únicamente a la aplicación de dichas cláusulas, en los diferentes tipos de contratos que determinen las comisiones de regulación excluyendo tácitamente las demás disposiciones que consagra la Ley, tales como procesos de selección, ejecución, terminación y liquidación del mismo.

Cosa distinta la constituye el juez del contrato, aspecto éste que ha sido aclarado por la doctrina con apoyo en la ley, toda vez que en el evento en que surja algún conflicto, independientemente de que la controversia se encuentre referida a las cláusulas exorbitantes éste es dirimido por la jurisdicción Contencioso administrativa, tal como se desprende de la Consulta con radicación número 1353 de 2001, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Gra-

cias a ello se aclara plenamente, a qué juez se debe acudir para dirimir el conflicto que se genera cuando las partes decidan pactar cláusulas exorbitantes.

El artículo 35 de la Ley de Servicios Públicos, faculta igualmente a las comisiones de regulación para exigir, por vía general, a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, a adquirir el bien o servicio que distribuyan, por medio de licitación pública o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, ello por cuanto en este caso, las normas que rigen el contrato son las de derecho público.

1.7.3. Régimen de derecho público de los contratos de los entes territoriales relativos a la prestación de los servicios públicos

Una de las modificaciones que la Ley 689 de 2001, introdujo al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, consistió en disponer que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que dichas empresas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se rijan para todos los efectos por la Ley 80 de 1993, la cual contiene el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, disponiendo además, que el proceso de selección debe realizarse previa licitación pública, de conformidad con lo consagrado en la mencionada Ley. El régimen aplicable a este tipo de contratos es el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³⁴.

1.7.4. Régimen de derecho privado de los contratos que celebren las empresas que prestan el servicio de electricidad

La Ley 143 de 1994, estableció en forma expresa el régimen de derecho privado aplicable a los contratos que celebren las empresas que prestan el servicio de electricidad, sin embargo, le señala a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la competencia para hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcio-

³⁴ Ibidem.

nales al derecho común en algunos de los contratos que celebren dichas entidades, indicando además, que cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto de Contratación Pública³⁵.

1.7.5. Régimen de derecho público o de derecho privado de los contratos denominados especiales en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994

Son contratos especiales, los así denominados en el artículo 39 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, para los cuales el Legislador establece su régimen de derecho público o de derecho privado, teniendo en cuenta el tipo de contrato, dependiendo del objeto señalado en la norma e independientemente de la naturaleza jurídica de la empresa prestadora del servicio público.

Se rigen por el derecho público, los contratos que tienen que ver con la concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y de acceso al espectro electromagnético y por el derecho privado, los contratos de administración profesional de acciones, los de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que se destinan a prestar los servicios públicos, los de interconexión y los de extensión de la prestación de un servicio que beneficia a una persona³⁶.

Criterio que se desprende de lo anotado en el Parágrafo del artículo 39, modificado por el artículo 4 de la Ley 689 de 2001.

³⁵ Ley 143 de 1994, artículo 8, parágrafo.

³⁶ Ley 142 de 1994, artículo 39, parágrafo, modificado por el Artículo 4° de la Ley 689 de 2001. "Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, no podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a la regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría."

Recordemos que quizás el espíritu de la Ley 689 de 2001, fue el de dirimir de una vez por todas el régimen de contratación aplicable a los contratos destinados a la prestación de los servicios públicos, ello por cuanto la Ley 142 de 1994, dejó un gran vacío al respecto, situación que debía ser atendida por vía legislativa, para subsanar las diversas interpretaciones y aplicaciones de diferentes regímenes y disposiciones que en efecto se estaban presentando. Así las cosas, el régimen contractual aplicable para los contratos de servicios públicos es el del derecho privado y sólo en los casos taxativamente señalados en la ley se aplica el Estatuto de Contratación Estatal.

1.7.6. Régimen mixto del contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes

Mucho se ha discutido sobre el régimen aplicable al contrato de servicios públicos, llegándose al consenso sobre su carácter mixto, es decir, de derecho privado y de derecho público.

El régimen mixto del contrato de servicios públicos, se encuentra referido a que éste se rige, no sólo por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y sus normas complementarias, por el Código Contencioso Administrativo, sino además, por lo consagrado en los Códigos Civil y de Comercio, lo cual conlleva a la aplicación del derecho privado y del derecho público.

√ Fundamento legal del carácter mixto del contrato de servicios públicos

El carácter mixto de los contratos de servicios públicos, se encuentra precisado en el inciso primero del artículo 132 de la Ley 142 de 1994, al señalar que³⁷: "El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta 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".

En cuanto a la resolución del Derecho de petición relacionado con los servicios prestados por las empresas de servicios públicos, el artículo 152 de la Ley

³⁷ Ley 142 de 1994, artículo 132.

142 de 1994, dispone que es de la esencia del contrato de servicios públicos, que el suscriptor o usuario, pueda presentar a la empresa quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos.

Indica además el referido artículo, que “las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se procederá de acuerdo con tales costumbres³⁸ .

√ Fundamento Jurisprudencial

La Corte Constitucional ha sostenido que el contrato de servicios públicos es de naturaleza mixta, es decir, de derecho público y de derecho privado. Es así como en la sentencia C-263 del 13 de junio de 1996³⁹, la Corte reitera la tesis según la cual, el régimen jurídico del contrato de servicios públicos es mixto,

(...) teniendo en cuenta el hecho de que la relación jurídica del contrato “no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios o a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante (...)

El Consejo de Estado, defiende igualmente la tesis del carácter mixto de los contratos de prestación de servicios, dándole mayor predominio al derecho público, al considerar que “quienes prestan esos servicios se convierten en copartícipes, por colaboración de la gestión estatal, o, en otras palabras, cumplen actividades o funciones administrativas”⁴⁰ .

³⁸ Decreto 605 de 1996.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Expediente S-701, 23 de septiembre de 1997, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

1.8. COMENTARIO

Tal como se señaló anteriormente, el régimen de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se encuentra determinado por el objeto del contrato, más que por la naturaleza jurídica pública, privada o mixta de la empresa contratante.

El legislador ha dispuesto de manera expresa, los tipos de contratos que se rigen por el derecho público, quedando los demás sujetos al derecho privado, que es la generalidad aplicable a la contratación.

Ha precisado la jurisprudencia la naturaleza mixta de derecho público y privado del contrato de condiciones uniformes o servicios públicos, según lo anotado en el presente artículo.

En consecuencia, por disposición legal expresa y soportada en el desarrollo de la jurisprudencia proferida por la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el régimen contractual aplicable a las empresas mixtas de servicios públicos, es el de derecho privado por regla general y de derecho público por vía de excepción, en los casos en que la ley así lo determine.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

El tema del presente estudio, provoca conclusiones a manera de comentario por tema, que corresponden en su orden a las siguientes:

- La clasificación que de las empresas mixtas de servicios públicos hacen los organismos y entidades del Estado, citados en la presente investigación, indica la falta de comprensión brindada a la ley de servicios públicos, lo cual deriva en criterios disímiles.
- Como se ha destacado, existen diferentes planteamientos respecto al tratamiento y manejo dable a las empresas mixtas de servicios públicos, las cuales (de manera equivocada y por demás irregular), el Gobierno Nacional ha considerado en algunos eventos como entidades públicas, apartándose

de lo contemplado en una disposición de carácter superior y que además se constituye en la máxima expresión reguladora en cuanto al tema de los servicios públicos, como lo es la Ley 142 de 1994, que se dictó con fundamento en el artículo 365 de la Constitución Política.

- A la luz de la expedición de diversos decretos y resoluciones se encuentra que el Gobierno Nacional, a través de sus autoridades ha dado un tratamiento equivocado y confuso a la definición, operatividad y al funcionamiento de las empresas mixtas de servicios públicos.

Sin embargo, tal error se corrige con la sola lectura y debida interpretación de lo estipulado en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994, que les otorgó la naturaleza de mixtas y que en consecuencia las constituye en una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las oficiales, de las privadas y de las sociedades de economía mixta.

- Respecto al régimen de contratación, se logra concluir que para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en materia de contratación el tema es determinado por el objeto del contrato y por la inclusión de cláusulas exorbitantes, más que por la naturaleza jurídica pública, privada o mixta de la empresa contratante.
- El legislador dispuso de manera expresa, los tipos de contratos que se rigen por el derecho público, quedando los demás sujetos al derecho privado, que es la generalidad aplicable en materia de contratación, para los contratos que celebran las empresas de servicios públicos mixtas.
- En este sentido y luego de analizados diversos aspectos que se plantean en la presente investigación, se logra concluir que el régimen contractual aplicable a las empresas mixtas de servicios públicos, es el del derecho privado por regla general y de derecho público por vía de excepción, en los casos en que la Ley así lo determine.

- En lo que tiene que ver con el control que se ejerce sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, se pudo establecer que éste debe partir del conocimiento sobre la naturaleza jurídica de empresas oficiales, mixtas o privadas, de la conformación de su patrimonio, aportes, calidad de sus socios, entre otros, así como de la identificación de los recursos públicos que administran, bien sea porque su capital está conformado por ellos o porque los perciben como consecuencia de la prestación del servicio.

- Siendo la conclusión final que las empresas mixtas de servicios públicos y privadas con participación pública, son sujetos de control fiscal y no escapan a los mecanismos que plantea la ley frente al tema; el sólo hecho de administrar recursos públicos las hace entrar en la órbita del control fiscal, al igual que se encuentran sometidas a los demás controles: interno, de auditoría externa y de control y vigilancia del Estado, de control social, de los ministerios y de la Superintendencia de Servicios Públicos y a los actos de regulación expedidos por las comisiones de regulación.

- Se pudo establecer que el control fiscal realizado por los organismos estatales, en las empresas mixtas de servicios públicos, que recae sobre los aportes o bienes públicos, no impide efectuar un control integral sobre los documentos, actos, contratos y demás actuaciones realizadas por la empresa, sin que se libere de la obligación legal de contratar una auditoría externa, para ejercer el control fiscal de gestión y de resultados.

Por lo tanto es posible asegurar que a las empresas de servicios públicos mixtas, les son aplicables todos los sistemas de control que consagra la Constitución Política y la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Frente a la jurisdicción competente para dirimir los conflictos originados en las empresas mixtas de servicios públicos, y en especial respecto a los contratos que

ellas celebran, se logró establecer que más allá de tener en cuenta que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sean de naturaleza oficial, mixta o privada, se debe analizar si el contrato se encuentra ligado directamente con la prestación del servicio, la clase de contrato, o si éste incluye cláusulas exorbitantes, siendo la jurisdicción ordinaria la que conoce, en términos generales de las controversias.

- En este punto se presenta como conclusión, que cabe esperar que el criterio del Consejo de Estado se precise en el sentido de aplicar el principio de unidad procesal, en virtud del cual el mismo juez debe conocer de todas las controversias derivadas del contrato, para evitar la división de la contienda de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias, tal como se precisó en los contratos con cláusulas exorbitantes, cuando se discutía si la competencia de la jurisdicción Contencioso administrativa únicamente tocaba lo relativo al control de legalidad del ejercicio de los poderes exorbitantes derivados de la inclusión de dichas cláusulas, o se extendía a toda controversia que tuviera que ver con la ejecución del contrato.

RECOMENDACIONES

Luego de finalizada esta investigación y presentadas las conclusiones obtenidas con respecto a los temas desarrollados, surge la necesidad de presentar, muy respetuosamente, las recomendaciones que el tema conlleva y que tienen que ver con la aplicación o modificación de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y con las normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las cuales en nuestro criterio, corresponden a las siguientes:

- Es fundamental que el Gobierno Nacional a través de sus representantes, comprenda y acepte, que hasta la fecha ha brindado un tratamiento y manejo equivocado respecto a la operatividad y funcionamiento de las empresas mixtas de servicios públicos; en tal sentido, se hace necesaria la modificación de diversos decretos que

ha expedido en total contravía con lo dispuesto en la Ley de Servicios Públicos. Que el Gobierno Nacional comprenda que en el orden jerárquico primero están la Constitución y la ley, y luego sí el decreto.

- Se debe precisar el régimen de derecho público o privado de la contratación de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, establecido en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 4° de la Ley 689 de 2001, dado que la redacción del citado párrafo no es clara y conduce a diversas interpretaciones.
- Establecer el régimen y procedimiento que en materia de inhabilidades e incompatibilidades, es aplicable a las personas que hacen parte de las empresas mixtas de servicios públicos, y definir si de manera integral se deben regir por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 o sólo cuando su contratación se rija por el Estatuto de Contratación Estatal.
- Como consecuencia de lo anterior se logrará definir de forma clara, cuándo es pertinente aplicar por las entidades estatales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de que trata el artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994, por cuanto la expresión “en cuanto sean pertinentes” se presta a confusión, o lo que es peor, se deja a criterio de quien se encuentre aplicando la norma restrictiva.
- Precisar el régimen de derecho público o privado de las controversias originadas en el contrato de servicios públicos, que no tienen por objeto el control de legalidad de los actos administrativos, con ocasión del contrato de condiciones uniformes o prestación de servicios, de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.
- Igualmente, se hace necesario trasladar a la legislación los pronunciamientos de la jurisprudencia, en cuanto al juez competente para conocer de las controversias ori-

ginadas en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, públicas, privadas y mixtas, o en su defecto clasificar como en la presente investigación se hizo, los posibles conflictos y de acuerdo con cada caso en particular consagrar legislativamente el procedimiento y juez competente para conocer o dirimir cada situación.

En este sentido, se recomienda que así como se avanzó con la expedición de la Ley 689 de 2001, se hace necesario y oportuno proferir un régimen de servicios públicos, que englobe todas las bondades de la Ley 142, y que además, recopile lo dispuesto en las leyes 143 de 1994, 226 de 1995, 286 de 1996, 489 de 1998, 689 de 2001, entre otras, expidiéndose en consecuencia, una ley integral que despeje los mantos de duda sobre temas tan fundamentales como los relacionados con las empresas mixtas de servicios públicos, y que de manera definitiva regule todos los asuntos ligados a la operatividad, funcionamiento y prestación de los servicios públicos domiciliarios, bien desde la óptica privada, oficial o mixta, determinando lo relativo para cada caso en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.
- . Régimen de las Entidades Territoriales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- . Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 2003.
- BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Editorial Desalma. Buenos Aires, 1980.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 5ª. Edición. Medellín 1999.
- DROMI, José Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. 4ª. Edición. Buenos Aires 1995.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis Bogotá. 1999.
- ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Vol. II. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 1984.
- MOLINA TORRES, José Antonio. Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2ª. Edición. Bogotá, D. C., 2001.
- MORENO, Luis Ferney. Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 4ª edición, Medellín, 2003.
- REVISTA, Empresas Públicas de Medellín. Letras Jurídicas. Medellín. 2002.
- RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Capítulo II. Publicación Universidad Central de Venezuela. 9ª. Edición. Caracas. 1984.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Servicios Públicos Domiciliarios, actualidad jurídica, tomo IV. 1ª. Edición. Bogotá, D. C. 2001.
- VEDEL, Georges, Derecho Administrativo. Editorial Aguilar 1980.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

LEYES

LEY 6ª DE 1985

LEY 87 DE 1993

LEY 42 DE 1993

LEY 80 DE 1993

LEY 142 DE 1994

LEY 143 DE 1994

LEY 226 DE 1995	C-450 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
LEY 446 DE 1998	C-566 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
LEY 489 DE 1998	C-585 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.
LEY 689 DE 2001	C-066 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.
LEY 732 DE 2002	C-263 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
LEY 790 DE 2002	C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.
DECRETOS	C-284 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
DECRETO 666 DE 1993	C-350 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
DECRETO 111 DE 1996	C-493 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz
DECRETO 115 DE 1996	C-126 de 1998. M.P. Alejandro Martínez.
DECRETO 2808 DE 2000	C-558 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.
DECRETOS 1505, 1603, 1604, 1606, 1607, 1608, 1609, 1610, 1611, 1612, 1613, 1614 Y 1615 DE JUNIO 12 DE 2003.	C-580 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.
RESOLUCIONES	C-451 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
Resolución orgánica No. 05472 de marzo 18 de 2003 de la Contraloría General de La República.	C-727 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
Resoluciones 087 de 1997 y 575 de 2003 de la Comi- sión de Regulación de Telecomunicaciones.	C-1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
JURISPRUDENCIA	C-1191 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
CORTE CONSTITUCIONAL	C-558 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.
C-134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.	C-396 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
C-189 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.	CONSEJO DE ESTADO
C-318 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	13721. Agosto 21 de 1997. Sección Tercera. Daniel Suárez Hernández.
C-473 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Carbonell.	931. Junio 16 de 1997. Sala de Consulta y Servicio Civil. Luis Camilo Osorio Isaza.
C-205 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	701. 23 de septiembre de 1997. Sala Plena. Carlos Betancur Jaramillo.
C-374 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.	1141. Septiembre 10 de 1998. Sala de Consulta y Servicio Civil. Augusto Trejos Inamuld.
C-419 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.	S. Acu. Mayo 28 de 1998. Sección Segunda. Carlos Orjuela Góngora.

1171. Enero 28 de 1999. Sala de Consulta y Servicio Civil. Javier Henao Hidrón.

1661. Agosto 31 de 2000. Sección Tercera. Ricardo Hoyos Duque.

17.234. Agosto 31 de 2000. Sección Tercera. Ricardo Hoyos Duque.

1661. Marzo 9 de 2001. Sección Tercera. Ricardo Hoyos Duque.

1353. Junio 28 de 2001. Sala de Consulta y Servicio Civil. Luis Camilo Osorio Isaza.

17674 Junio 2000. Sección Tercera. Alier Hernández Henríquez.