

La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas

ALBERTO MONTAÑA PLATA¹

SUMARIO

Premisa: Los efectos de la calificación de "públicas" de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas: una de las más claras manifestaciones de la inmadurez jurídico-administrativa colombiana. I. Algunas consideraciones históricas, conceptuales y normativas en torno a las expresiones "administración pública", "rama ejecutiva del poder público", "entidades descentralizadas", "entidades públicas" y "entidades estatales". II. Algunas consideraciones sobre la calificación de entidades públicas de las empresas de servicios públicos mixtas por parte de la jurisprudencia. III. Una contralectura de los cambios normativos sugeridos por la sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007. IV. El cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa, por parte de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios

1 Profesor de derecho administrativo y de derecho de los servicios públicos en la Universidad Externado de Colombia; abogado de la misma universidad; doctor en derecho administrativo de la Universidad de Bolonia; posdoctorado en derecho público de la Universidad de Pisa. Correo electrónico: alberto.montana@uexternado.edu.co.

RESUMEN

Detrás del objeto de este artículo: "el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos mixtas" está un análisis sobre la homogeneidad del régimen de los servicios públicos domiciliarios con sus bases constitucionales, así como una reflexión sobre las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo. En él se expone la paulatina introducción de cambios al régimen jurídico aludido, por parte de la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso-administrativo; muchos de ellos, desacordes con la fundamentación constitucional de los servicios públicos, en especial de la conocida como "Constitución económica".

Palabras claves: servicios públicos domiciliarios, entidades públicas, régimen jurídico

THE UNCONFIGURATION OF THE LEGAL STATUS OF PUBLIC DOMICILIARY SERVICES FROM THE CLASSIFICATION AS PUBLIC ENTITIES OF THE MIXED PUBLIC UTILITY COMPANIES

ABSTRACT

Behind the subject of this study: "the legal status of mixed public utility companies" there is an analysis of the homogeneity of the system of public domiciliary services from its constitutional foundations, as well as a reflection on the transformations of contemporary administrative law. It outlines the gradual introduction of changes to the referred legal system, by the constitutional and administrative jurisprudence, many of them, discordant with the constitutional foundations of public services or utilities, specially of the so-called "economic Constitution".

Keywords: public utilities, public institutions, legal system

PREMISA: LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE "PÚBLICAS" DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS: UNA DE LAS MÁS CLARAS MANIFESTACIONES DE LA INMADUREZ JURÍDICO-ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

Pese al alto tecnicismo de la Ley 142 de 1994 al intentar atribuir una calificación orgánica única a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, capaz de soportar un régimen jurídico, también único, algunos operadores jurídicos "trasnochados" no fueron capaces de asimilar tal innovación, pero

también tal imperativo en términos de Constitución económica, y no tardaron en advertir, de manera cada vez más frecuente, las diferencias entre entidades públicas y privadas prestadoras de este tipo de servicios.

Probablemente con temores y precauciones lógicos, el legislador quiso distinguir entre empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas. Sin embargo, si se aprecia con detenimiento el régimen jurídico de unas y otras, las diferencias entre ellas son muy pocas, y tal proporción se justifica por una realidad: en algunos casos no es posible tratar de la misma manera a sujetos públicos y sujetos privados. La razón de que las diferencias aludidas sean escasas guarda entonces plena lógica con el modelo de Constitución económica existente en Colombia; difícilmente podría predicarse la libre competencia de un sector en el que se marcan diferencias en las reglas de juego de los distintos operadores en razón de la naturaleza de su capital.

Inclusive, para ser consecuentes con el panorama constitucional de liberalización de los servicios públicos y la consiguiente libre competencia entre los prestadores, se podría colegir que, en términos de técnica legislativa, la distinción de empresas (oficiales, mixtas y privadas) podía obviarse, para resultar coherentes con aquél, eso sí, siempre con la atención del caso, a la protección del capital público que pueda estar presente en algunas de ellas.

Pese a este escenario, se insiste, nuestra cultura jurídica apostó por distinguir paulatinamente entre prestadores públicos y prestadores privados, pero lo peor comenzó a ocurrir cuando las escasas y justificadas diferencias enmarcadas en la ley se hicieron cada vez mayores y más marcadas, como consecuencia de algunas interpretaciones doctrinarias, pero sobre todo jurisprudenciales. Lo anterior ha puesto en evidencia para el sector unas notables falencias, cada vez más notorias, y donde con mayor claridad se aprecian es en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas.

Nuestra comprensión desde siempre ha sido que, en términos constitucionales, en el único aspecto en que no resulta posible la comprensión de una categoría única de prestadores de servicios públicos domiciliarios con tratamientos y efectos idénticos es en el del capital público, pues éste siempre demandará un mayor cuidado y una mayor preocupación por parte de las instancias públicas, sin desestimar con esta afirmación la importancia que tiene la protección de cualquier tipo de capital destinado al desarrollo de una actividad económica que tiene la peculiaridad de ser "inherente a la finalidad social del Estado".

Referirse, entonces, a la naturaleza pública de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no es un tema que, desde una perspectiva jurídica, atañe sólo a éstas; es un argumento que traslada a los estudiosos a uno de los escenarios más propicios para analizar los retos del derecho administrativo de nuestros días, es decir el de una disciplina jurídica que aunque nació para estudiar el tratamiento normativo de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, hoy en día se enfrenta a un panorama más amplio

y menos cierto: el de distintas entidades públicas pertenecientes a las diferentes ramas del poder público y también no pertenecientes a ellas, así como a particulares en algunas circunstancias.

El estudio del derecho administrativo era más fácil antes; identificar una entidad de la rama ejecutiva del poder público era lo mismo que identificar una administración pública, y cualquiera que fuera su actividad o comportamiento, su régimen normativo aplicable no era el derecho común, sino uno especial (el administrativo). Inclusive, a lo anterior se podía agregar que durante un extenso período de tiempo eran estos entes, y sólo estos, los que prestaban servicios públicos, resultándoles imposible desarrollar una actividad distinta.

Lo que indiscutiblemente sucedía en aquel entonces era la comprensión de que la calificación de "pública" a una entidad significaba, en primer lugar, una garantía ciudadana y, en segundo lugar, la atribución de un régimen jurídico administrativo. Por esto, el derecho administrativo tradicional distinguió entre una parte estática y otra dogmática, o entre una parte de organización y otra de actividad; se estudiaba lo estático u organizacional porque todos y cada uno de los componentes de ello, sin importar cómo se llamaran, tenía un régimen jurídico administrativo.

Hoy en día las cosas son bien distintas. El derecho administrativo, como disciplina, no debería estudiar, desde una perspectiva de organización, sino aquellas entidades susceptibles de un régimen normativo administrativo; y este último no puede comprenderse como totalizador de las relaciones jurídicas de una determinada entidad, sino, más bien, como una dosis, que puede ser mayor o menor, según la configuración atribuida por el legislador.

Esta consideración no es un invento, ni una ficción: es una realidad de nuestros días, fácilmente verificable. Frente a esto, sin embargo, nos queda una inquietud: ¿las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales de la actualidad en nuestro país son conscientes de esto? ¿O más bien parecieran explicar al presente, con una comprensión superada del derecho administrativo?

Nuestra comprensión al respecto es pesimista. Afirmaciones como la de que las empresas de servicios públicos domiciliarios, por el simple hecho de tener algún porcentaje de capital público, tienen la naturaleza de entidades descentralizadas² nos dejan más que perplejos; y la afirmación, cada vez más

2 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2006, expediente n.º 29.703 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ). En esta providencia, a la que se hará alusión principalmente en el segundo numeral de este artículo, el Consejo de Estado avocó conocimiento de una controversia en la que hacía parte una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, por considerar que su naturaleza era pública, al concebirla como una especie del género de las sociedades de economía mixta y, por ende, como una entidad descentralizada. En el contexto de esta concepción, se indica que señalar lo anterior no quiere decir que su régimen jurídico sea el público, toda vez que denominarse de esa manera no conduce a esa consecuencia. Sobre esta providencia y, en general, algunas consideraciones en torno a esta calificación, puede consultarse nuestro artículo: ALBERTO

común, en el sector de los servicios públicos domiciliarios, en buena medida inducida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y en otra, fruto de la permeabilidad de criterios facilistas empresariales, de que una cosa es la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y otra, muy distinta, el régimen jurídico aplicable, nos preocupa y nos fuerza a una consideración conceptual, teórica e histórica que pueda darnos algunas luces.

Sin duda alguna, si bien la calificación de "público" de un sujeto no supone que el régimen jurídico de éste sea inequívocamente, y en su totalidad, el de derecho administrativo, ello no significa que dicha denominación no tenga implicaciones relacionadas con sus reglas de juego, que, aunque se pretendiera, nunca se podrían identificar por completo con las de los sujetos privados.

Este escenario constituye la motivación de este artículo, a través del cual se pretenden presentar algunas ideas sobre el panorama actual del régimen normativo del sector de los servicios públicos domiciliarios, que en nuestra comprensión es preocupante por la confluencia de reglas e ideas que no siempre son coherentes con el deber ser constitucional de una actividad que si bien continúa siendo inherente a la finalidad social del Estado, goza también de una connotación económica y, por tanto, puede ser desarrollada de manera libre por distintos sujetos de derecho, sin importar su naturaleza pública o privada.

Para dar desarrollo a nuestras ideas, en un primer aparte de este escrito se intentará hacer una superficial referencia a conceptos como los de entidad pública, entidad estatal, entidad administrativa y entidad descentralizada, con la finalidad de contar con herramientas jurídico-administrativas suficientes para medir el alcance de la calificación de "entidad descentralizada" que la jurisprudencia administrativa primero y luego la constitucional han hecho de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Los operadores jurídicos han encontrado inconvenientes a la hora de la comprensión de dicha denominación, e inclusive algunas voces llaman la atención sobre la distinción de conceptos que las más de las veces no tienen diferencias significativas en nuestro derecho positivo.

En el segundo numeral de este artículo se intentará analizar los alcances de las decisiones jurisprudenciales en relación con la consideración de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas como entidades "públicas" o "descentralizadas", para efectos de determinar, en la medida de lo posible, las alteraciones que puedan darse al régimen jurídico de ellas.

MONTAÑA PLATA. "Algunas implicaciones al régimen normativo de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas con ocasión del conocimiento de sus controversias por parte de la jurisdicción contencioso administrativo", en *Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas*, Medellín, Grupo ISA, 2006, y el de CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA. "Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza jurídica", *ibíd.*

En el tercer punto, se presentará una contralectura que pareciera percibirse de lo anterior, y de la que se señalarán de manera crítica algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han presentado en época reciente.

Finalmente, en un cuarto y último punto, se analizará de manera específica la supuesta imposición de los principios que orientan la función administrativa en la actividad contractual de las empresas de servicios públicos susceptibles de calificarse como "entidades estatales".

La estructura referida del presente escrito de manera alguna pretende generar la falsa expectativa de una exposición que de manera inequívoca ilustrará los confines entre el derecho público y privado, con ocasión del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas.

Si bien se presentarán algunas ideas interpretativas al respecto, lo que se pretende demostrar es cómo con ocasión de una, a nuestro juicio, improvisada comprensión pública de las empresas de servicios públicos domiciliarios se produjo una alteración nada sana al entendimiento del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general.

La coherencia que alguna vez pretendió tener el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, introducido por la Ley 142 de 1994, se ha ido desvaneciendo paulatinamente como consecuencia de una incomprensible necesidad jurídico-administrativa consistente en abogar e insistir en un tratamiento privado para los privados y público para los públicos, impropio de nuestros tiempos, pero, sobre todo, ajeno a la coherencia que debe caracterizar a un sector que, de conformidad con nuestra Constitución económica vigente, se debe desarrollar en línea de máxima entre los confines de la libertad de empresa y sobre todo de la libre competencia.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS, CONCEPTUALES Y NORMATIVAS EN TORNO A LAS EXPRESIONES "ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", "RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO", "ENTIDADES DESCENTRALIZADAS", "ENTIDADES PÚBLICAS" Y "ENTIDADES ESTATALES"

De ninguna manera se pretende hacer en este numeral una revisión, siquiera superficial, del origen histórico de algunas instituciones (conceptos) que pueden resultar importantes para el desarrollo de la tesis que pretendemos proponer. Tan solo nos limitaremos a hacer algunas pequeñas referencias en este sentido, que puedan ofrecer utilidad, al momento de revisar el desarrollo normativo que al respecto se da en el caso colombiano, principalmente a través de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998.

El concepto de administración pública, como lo ha subrayado MAX WEBER, es anterior al de rama ejecutiva del poder público, toda vez que ya desde la

formación de los estados nacionales se constataba una acción desarrollada por una organización, susceptible de calificarse de esta manera³. La administración es para muchos estudiosos un fenómeno antiguo⁴; para otros, cercano a la Edad Media⁵ y para otros (la mayoría), connatural al surgimiento del Estado en un sentido moderno⁶. En uno o en otro caso, como se observa, la administración de lo público ha sido y es una necesidad social que no necesita del derecho para su verificación en términos históricos.

La distinción entre una administración del orden nacional y otra del orden territorial es también un aspecto anterior al surgimiento de la teoría de la división del poder público que dio lugar a la composición del Estado de derecho⁷. Un imperativo de los teóricos de esta nueva forma de Estado (con una marcada influencia ideológica liberal), y en general de los estudiosos de ésta, era, sin duda alguna, la ubicación del fenómeno administrativo en alguna de las tres manifestaciones del poder o, si se quiere, la armonización de una realidad: la administración pública, con una teoría: la división del poder público.

Esta necesidad condujo a un atributo, novedoso para la administración pública, y a una comprensión sistemática de ésta: el atributo: *el fenómeno administrativo es un fenómeno de poder público*; y la comprensión sistemática: *la administración pública se circunscribe a una de las tres ramas del poder público, la ejecutiva o la administrativa*.

Si bien desde la lógica comprensión de la teoría de la división del poder público se hacía y se debía hacer énfasis en la función de cada una de sus ramas, la influencia de la teoría organicista, por una parte, y las implicaciones del principio de legalidad, por otra, llevaron a una comprensión cada vez más extendida, sobre todo entre los no técnicos ni estudiosos del tema, sobre el sentido orgánico de la rama ejecutiva, que suponía la composición también orgánica de la administración pública.

En este sentido, la rama ejecutiva del poder público estaba conformada por todos y cada uno de los componentes de la administración pública (en un sentido nacional y en un sentido territorial).

Dejando en suspenso esta aproximación conceptual entre rama ejecutiva del poder público y administración pública en este preciso momento histórico, pasemos a revisar, antes de analizar el presente, la proximidad entre estos conceptos y el de gobierno.

En primer lugar, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que la acepción de *gobierno* fue utilizada para indicar una forma específica del manejo

3 MAX WEBER. *¿Qué es la burocracia?*, México D. F., Coyoacán, 2001, pp. 97-103.

4 Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 9-11.

5 JEAN LOUIS MESTRE. *Introduction historique au droit administratif française*, París, PUF, 1985, pp. 26 a 28 y 45 a 46.

6 GUIDO ZANOBINI. *Curso de derecho administrativo*, volumen 1, Buenos Aires, Acayú, 1954, pp. 7 a 33.

7 Supra, nota 3.

del Estado en general y no de una parte de él: la rama ejecutiva. Aún en nuestros días, es común identificar dentro de la acepción "formas de gobierno" al parlamentarismo, al presidencialismo y al semiparlamentarismo o semipresidencialismo⁸. Bajo esta comprensión conceptual, el gobierno no necesariamente es rama ejecutiva del poder público o, cuando menos, su composición no se identifica plenamente con la composición de ésta.

Desde otra perspectiva distinta, altamente influenciada por la cultura política estadounidense, gobierno implica ejercicio de poder político o, cuando menos, poder público; mientras que administración, no, ya que ésta tan solo constituye el desarrollo técnico de lo primero⁹.

Hablar en nuestros días de gobierno significa casi siempre ejercicio de poder público o, con un lenguaje más moderno, impulso original de las políticas públicas¹⁰. En una forma de gobierno presidencialista, las más de las veces organizada con ministerios o secretarías¹¹, el gobierno hace parte funcional y orgánica de la rama ejecutiva, mas no la comprende de manera integral, toda vez que a ésta también pertenece la administración pública.

Desde esta perspectiva, pareciera entonces que se puede hablar de una rama ejecutiva que está conformada por el gobierno y por la administración pública, en sus dos manifestaciones: nacional o territorial, o con una lógica más moderna y menos weberiana, en este mismo sentido se podría decir, en cambio, que la rama ejecutiva está comprendida por la administración pública, algunos de cuyos entes ejercen gobierno y otros no.

Retomando la idea inicial de administración pública y rama ejecutiva propia del Estado de derecho, vale la pena señalar que en el contexto de esta identificación surgió y maduró la idea del derecho administrativo. El derecho administrativo nació como el derecho de la administración pública, es decir como el derecho de los entes que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público¹².

Como se anotó en la premisa de este escrito, esta idea no se puede seguir manteniendo en la actualidad, por lo que la denominación de la administración pública debe servir más bien para la comprensión de la lógica orgánica de la rama del poder público, lo que en buena medida da una idea de la com-

8 ANDRÉ HAURIUO, JEAN GICQUEL y PATRICE GÉLARD. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 267 a 278.

9 Esta idea constituye uno de los puntos de partida de la teoría burocrática de MAX WEBER. Ob. cit., pp. 21 a 25.

10 NICHOLAS L. HENRY. "La raíz y las ramas: peripecias de la administración pública hacia el futuro", en VV. AA. *Administración pública: el estado actual de la disciplina*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 48 a 55.

11 Siguiendo la consideración organizacional propia de CAVOUR. Cfr. GUIDO MELIS. *Storia dell'amministrazione italiana*, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 22 a 31.

12 FRANÇOISE BURDEAU. *Histoire du droit administrative*, París, PUF, 1995, pp. 30 a 32.

posición de un Estado constitucional, mas no de la operatividad del derecho administrativo. Tampoco la pertenencia a la rama ejecutiva del poder público (o a la administración pública), aunque suene extraño, significa el ejercicio del poder público (prerrogativas públicas) toda vez que éstas las debe atribuir, en términos constitucionales, el derecho positivo (administrativo).

Esta la razón de que en la actualidad al derecho administrativo le resulten ajenas e incómodas las consideraciones orgánicas y de que encuentre cada vez más sustento lógico en construcciones materiales, con altísimas cargas teleológicas, porque si no, se corre el riesgo de desconocer los contenidos dogmáticos de las constituciones políticas, como únicos justificadores de las extravagancias y prerrogativas propias del régimen jurídico administrativo.

Finalmente, vale la pena revisar lo atinente al concepto de entidades del orden central y del orden descentralizado, pese al indiscutible nexo de estos conceptos con la forma unitaria del Estado, fácilmente se puede apreciar la relación de ellos con la idea de administración pública.

El devenir del tiempo hizo cada vez más complejo el fenómeno administrativo y por ende se necesitó que algunos de sus componentes tuvieran capacidad de acción, con cierto grado de independencia de aquellos que constituían el gobierno o, en un lenguaje más moderno, de aquellos a quienes les correspondía impulsar las políticas públicas.

Los entes descentralizados desde esta perspectiva podían presentar una lógica nacional o territorial, y en uno y otro caso constituían un reconocimiento de independencia organizativa y administrativa, sin perder el referente de impulso de la decisión política.

Con base en lo antes señalado, denominarse en nuestros días entidad descentralizada no puede significar régimen jurídico administrativo: es tan solo una característica organizacional de un componente de la administración pública o de la rama ejecutiva, en los términos antes señalados. Cosa distinta es que de conformidad con lo dispuesto por el legislador existan dosis de derecho administrativo amplias, cuandoquiera que se trate de este tipo de entidades.

La modernización de la administración pública más reciente, principalmente motivada por aspectos económicos, fuerza el reconocimiento de dos fenómenos que han afectado la consideración convencional de las entidades descentralizadas y, de manera más general, de las entidades administrativas: la coparticipación de capital público y privado en la organización administrativa y la asunción de funciones "administrativas" por parte de los particulares, situaciones estas bien distintas, aunque encuentran coincidencias y puntos de cercanía en materia de servicios públicos.

El primero de los fenómenos cabe en la lógica anunciada y simplemente fuerza a la interpretación de que no necesariamente el capital de todos y cada uno de los componentes de la administración pública o de la rama ejecutiva es cien por ciento público, pues puede perfectamente suceder que exista un

porcentaje de capital privado, si bien no en todas, sí en algunas o alguna de las modalidades de entes administrativos o de la rama ejecutiva.

El segundo de los fenómenos, en cambio, no cuadra en la lógica anunciada y más bien está caracterizado por la necesidad de atribuir régimen jurídico administrativo a algunos particulares. Con la lógica de lo antes referido, esta condición no debería forzar a comprenderlos como administración pública u ente de la rama ejecutiva, sino como lo que son: particulares.

Sin embargo, los prejuicios y la inmadurez del derecho administrativo, antes criticada, han llevado a la consideración de categorías absurdas como la de la descentralización por colaboración, con la única intención de darle una supuesta cabida a este fenómeno de nuestros días.

En este sentido, pareciera resultar viable en la actualidad el reconocimiento como entidad administrativa (o perteneciente a la rama ejecutiva del poder público) a un sujeto con capital público y privado, mas no a un particular, por el simple hecho de que aquél cumpla una función administrativa.

En el contexto de las entidades descentralizadas, vale la pena llamar también la atención sobre una distinción conceptual, obsoleta en nuestros días: descentralización territorial (para hacer alusión dentro de ella a las entidades territoriales) y descentralización por servicios.

El origen de esta distinción fue el momento histórico de triunfo de la teoría del servicio público como fundamento absoluto del Estado (escuela realista o de los servicios públicos)¹³. En esta época no se comprendía a la administración pública sino como prestadora de servicios públicos y sólo ésta podía prestarlos; por otro lado, se partía de una lógica bastante centralizada (propia de Francia en los inicios del siglo XX) de que los servicios públicos se prestaban principalmente en el ámbito nacional.

Hablar en nuestros días de descentralización por servicios no dice nada, toda vez que existen entidades descentralizadas (por servicios) que no prestan servicios públicos (por ejemplo, las empresas industriales y comerciales del Estado que en el ámbito departamental desarrollan el monopolio rentístico de los licores); y existen servicios públicos que no son prestados por entidades descentralizadas (por ejemplo, empresas de servicios públicos domiciliarios privadas). Y podría agregarse a lo anterior que no pueden concebirse dos sectores administrativos: por servicios y territorial, ya que en uno y otro habría entidades administrativas con mayor o menor vocación política; y en la administración territorial también habría entidades descentralizadas por servicios.

En este contexto histórico, conceptual, vale la pena agregar que expresiones como "entidades públicas" o "entidades estatales", en un sentido general, no se podrían circunscribir a la rama ejecutiva del poder público, sino que deberían

13 Cfr. capítulo 2 de MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

poderse extender a otras entidades pertenecientes a las otras ramas del poder público o independientes.

En este sentido, el eventual ejercicio de funciones administrativas que podrían desarrollar entidades públicas o estatales, no pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, no podría significar que éstas pudieran ser calificadas como entidades administrativas, toda vez que, como se advierte, la connotación de esta expresión es eminentemente orgánica.

Una revisión genérica del derecho positivo colombiano debe llevar a la comprensión de que pese a algunas equivocaciones conceptuales, casi siempre se adoptan los alcances indicados, a lo que se podría agregar la distinción existente entre *organismo* y *ente*.

La Constitución Política hace referencia al Gobierno en relación con servidores públicos y no con entidades, aunque titulares a su vez de entidades de tipo administrativo¹⁴. Las entidades administrativas son creadas por el legislador¹⁵, y hay otras entidades públicas que no pertenecen a la rama ejecutiva¹⁶ o son independientes¹⁷.

Así mismo, lo que los particulares pueden ejercer es una función administrativa (contexto material y no orgánico) en los términos en que lo señale la ley¹⁸, e inclusive en virtud de ella, por habilitación administrativa, siempre que medie un acto administrativo y un convenio con la entidad administrativa habilitante y ella se encargue de ejercer el respectivo control¹⁹.

Por su parte, la Ley 489 de 1998, si bien hace referencia en su encabezado a entidades del orden nacional, en su artículo 2.º, referente al ámbito de aplicación, señala: "La presente ley se aplica a organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras o bienes públicos y en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas".

14 En efecto, se establece en el artículo que el gobierno está constituido por el presidente de la República junto con los ministros y los directores de departamentos administrativos. Al menos en el caso de los últimos, son ellos titulares de sus respectivos ministerios y departamentos administrativos.

15 Artículo 150 numeral 7 constitucional.

16 Verbigracia, la procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República.

17 La Corte Constitucional ha hecho alusión de algunas entidades autónomas que son creadas por la misma Constitución Política como, por ejemplo, el Banco de la República o la Comisión Nacional del Servicio Civil. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003 (MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA).

18 Artículo 210 constitucional.

19 Artículos 111 y 110 respectivamente, de la Ley 489 de 1998.

Como se observa, en este estatuto se hace una mezcla entre descripción de la composición de la rama ejecutiva del poder público (administración pública) y funciones administrativas, situación que resulta antitécnica, pues, como se dijo, una cosa es la organización y otra la naturaleza de las actividades que implican un régimen jurídico administrativo.

Sin embargo, cuando se hace referencia al aspecto orgánico (capítulo X) se designa "la estructura y organización de la administración pública" como sinónimo de la "integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional" (artículo 38). En su interior se habla de organismos u entidades, lo cual, aunque aparentemente no signifique distinción alguna, pareciera apuntar a la titularidad o no de personería jurídica; de esta manera, por los primeros se entenderían los sujetos pertenecientes al orden central y por ende con un centro de imputación en la Nación, mientras que la connotación de "ente" significaría dicha personalidad y por ende la alusión exclusiva a aquellos sujetos descentralizados²⁰.

Así mismo, se distingue sector central y descentralizado por servicios, rezo, como se dijo, de una categoría superada, lo cual en absoluto incide en la lógica de la descentralización antes aludida.

Finalmente, vale la pena indicar que cuando en esta ley se hace referencia a particulares es por el ejercicio de funciones administrativas de éstos, situación que no los convierte en entes o entidades administrativos en el sentido referido.

Como conclusiones de la reflexión contenida en este numeral, se puede indicar:

1. Pese a las diferencias entre los conceptos de organismos y entidades, ambos son sujetos públicos, susceptibles de denominarse entes u organismos públicos o estatales.

2. A lo anterior, se le puede hacer una salvedad: en el derecho colombiano, la expresión "entidad estatal" es usada para efectos de la contratación estatal (artículo 2.º de la Ley 80 de 1993). Esta situación, sin embargo, no obsta, en nuestro entender, para desvirtuar lo sostenido en la anterior conclusión: las entidades administrativas son siempre entidades estatales o públicas.

3. La calificación de entidad administrativa no significa un régimen jurídico particular: tan solo implica una comprensión dentro de la composición del Estado. En esta lógica, lo que se establezca para ellas se aplicará, siempre que resulte compatible con el régimen jurídico específico que les haya sido asignado.

20 Esta aparente distinción entre organismos y entes contenida en la ley pareciera encontrar sustento también en la Constitución Política, en la que en no pocas oportunidades la denominación de ente supone la existencia de una personalidad jurídica. Verbigracia, las "entidades territoriales".

4. Todas las entidades descentralizadas son, entonces, entidades administrativas, entidades estatales y entidades públicas; esta amplitud de calificativos, se insiste, no cambia el régimen jurídico aplicable, que será el particular y en lo que resulte compatible, el genérico.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CALIFICACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA

Si bien el tema de si las empresas de servicios públicos mixtas eran o no entidades públicas había sido afrontado por la jurisprudencia en algunos pronunciamientos aislados²¹, de manera directa fue enfrentado por el Consejo de Estado en el año 2006^[22], para con ello resolver un cuestionamiento sobre la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para avocar el conocimiento de un recurso de anulación contra un laudo arbitral que resolvía una controversia contractual del sector, en la que hacía parte una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta.

En esta providencia, que se encuadra en el largo y tormentoso camino de construcción de una línea jurisprudencial sobre los asuntos de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, resultaba trascendente definir si las empresas de servicios públicos mixtas eran entidades descentralizadas, para con base en ello catalogar a los contratos celebrados por éstas como contratos estatales (especiales) pese a que su régimen jurídico fuera el del derecho privado²³. Obtenida esta calificación

21 Principalmente conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Al respecto se puede referir a título de ejemplo el radicado con el número 1066 de 1997 (CP: CÉSAR HOYOS SALAZAR), en el que se indicó que este tipo de empresas debían catalogarse como entidades públicas; o el radicado con el número 1171 de 1999 (CP: JAVIER HENAO HADRÓN), donde se adoptó la tesis contraria, es decir, que sólo eran entidades públicas las empresas de servicios públicos oficiales. Así mismo, se formularon también providencias judiciales, en las que se acogió el primero de los criterios referidos: Sección Tercera. Sentencia del 1.º de agosto de 2002, expediente n.º 21.041. Sobre una completa relación de los antecedentes judiciales sobre la materia, puede consultarse la sentencia de esta corporación, a la que se hará mención enseguida, y el ya citado artículo de ATEHORTÚA "Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza jurídica".

22 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2006 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

23 El Consejo de Estado había utilizado la calificación de "contrato estatal especial" para señalar situaciones, como la de las universidades públicas, en que si bien el régimen jurídico de ellas era especial en relación con el Estatuto de la Contratación Estatal, su naturaleza (estatal), forzaba a que sus contratos fueran calificados de esa manera. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, expediente n.º 14202 (CP: JUAN DE DIOS MONTES). Esta misma calificación fue utilizada para el caso de los servicios públicos

contractual, resultaba la consecuencia lógica de la competencia del Consejo de Estado para conocer de los recursos de anulación que se interpusieran contra laudos arbitrales que resolvieran controversias de este tipo, relativas a ellas.

Como se observa, si en este caso se resolvía que las empresas de servicios públicos mixtas eran entidades descentralizadas, con base en la revisión de conceptos presentada en el numeral 1 de este artículo, ello sin dificultad significaba la consideración de tales empresas como entidades estatales²⁴ y, por ende, en desarrollo de la tesis jurisprudencial que se manejaba (y se maneja), los contratos de éstas eran estatales, aunque su régimen jurídico fuera el derecho privado.

En efecto así se hizo, y una vez sostenido que eran entidades descentralizadas, se atribuyó la consecuencia lógica de competencia apenas aludida. Las razones para arribar a esta situación se concentraron básicamente en la afirmación de que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas eran una especie del género de las sociedades de economía mixta y que por lo tanto, al ser éstas entidades descentralizadas de conformidad con lo establecido en la Ley 489 de 1998, lo eran, de manera lógica, también aquéllas.

Nuestra opinión sobre esta afirmación es contraria y así se ha manifestado en el pasado²⁵, aunque las consecuencias de ella, conforme a lo sostenido, se comparten. En efecto, si las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas son entidades descentralizadas, esto es lo mismo que públicas (mas no viceversa) y, por ende, de conformidad con la línea jurisprudencial que al respecto existía y existe de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sus contratos son estatales (especiales)²⁶ y, por consiguiente, los recursos de anulación que se

domiciliarios, al entender que aunque su régimen fuera el del derecho privado, la naturaleza estatal de la empresa conducía a dicha calificación, cuyo efecto práctico principal era el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de los recursos de anulación que se presentaran contra laudos arbitrales que resolvieran la materia. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 8 de febrero de 2001 (CP: RICARDO HOYOS DUQUE). A esta tesis de esta providencia judicial me he opuesto en oportunidades pasadas, por considerar, en primer lugar, que el régimen de derecho privado no es especial sino general en relación con el Estatuto de Contratación Estatal; y, en segundo lugar, porque estimo que en ese caso específico pareciera extenderse la categoría de "contrato estatal especial" a empresas que no contaban, conforme a la tesis de aquel entonces, con la calificación de entidades públicas, habida cuenta de la naturaleza mixta que resultó acreditada de Electranta y la participación privada, que aunque mínima, existía en su capital social.

24 A esta conclusión llegamos sin dificultad, en desarrollo de la revisión conceptual hecha en el numeral anterior. Vale la pena advertir, sin embargo, que algún sector de la doctrina considera diferencias sustanciales entre los conceptos de entidad descentralizada, entidad pública y entidad estatal, que no permitirían arribar a esta conclusión. Cfr. ATEHORTÚA. "Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza jurídica", cit.

25 MONTAÑA PLATA. "Algunas implicaciones al régimen normativo...", cit.

26 Hecha la salvedad de nuestra opinión de esta categoría, presentada en la referencia de la nota a pie de página anterior.

interpongan contra laudos arbitrales relativos a ellos son de conocimiento de esta alta corporación judicial.

Las razones por las cuales no podemos compartir la afirmación a partir de la cual se construyó la decisión judicial que se analiza saltan a la vista de lo indicado en la premisa de este escrito. En nuestra opinión, la Ley 142 de 1994, para ser coherente con las bases constitucionales que existen sobre la materia, intentó que los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por un único sujeto con identidad orgánica sin importar la conformación mixta (público y privada) de su capital social, y la especificidad de este sujeto (empresa de servicios públicos) hace incompatible su comprensión dentro de cualquier categoría, mucho más si se trata de una típica entidad descentralizada como las sociedades de economía mixta.

Además de lo anterior, la Ley 489 de 1998, al referir la lista de entidades descentralizadas, sólo aludió a las empresas de servicios públicos oficiales, y ni siquiera en el caso de éstas hizo referencias normativas, sino, por el contrario, un envío expreso a lo previsto en la Ley 142 de 1994 comprendido como estatuto de los servicios públicos domiciliarios y por ende, especial.

Nuestras impresiones al respecto no pueden seguir siendo nada más que una posición doctrinaria, que observa y trata de entender de manera consecuente y respetuosa los alcances de la jurisprudencia, comprendida como efectiva fuente creadora del derecho, pese a las interpretaciones restrictivas del artículo 230 constitucional.

En este sentido, creemos justo subrayar los alcances de esta decisión judicial, y para ello consideramos oportuno recordar las razones que llevaron al Consejo de Estado a dicha construcción: se trataba de resolver un problema de competencia circunscrito de manera específica a los recursos de anulación contra laudos arbitrales en los que se decidan controversias contractuales que involucren a empresas de servicios públicos mixtas.

Con base en esta consideración, insistimos en una reflexión contenida en esta misma providencia: La naturaleza pública de las empresas de servicios públicos mixtas y aún de aquellas denominadas privadas por la ley siempre que tengan participación pública en su capital social dada por la providencia estudiada nada implica en relación con el régimen normativo de éstas estipulado en la ley, ya que el Consejo de Estado, al menos en el caso que se analiza, mal hubiera hecho en pronunciarse al respecto, en atención al problema jurídico que tenía en frente y al que debía circunscribir su decisión.

Las verdaderas dificultades interpretativas las encontramos a partir del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007^[27] por medio de la cual se resolvió una juiciosa demanda de inconstitucionalidad en la que con ocasión principal de la lectura de la providencia apenas referida

del Consejo de Estado se cuestionó (de manera lógica en nuestro parecer) la constitucionalidad (entre otras) de la calificación legal de la distinción entre las empresas de servicios públicos privadas y las mixtas, por considerar que si el capital público de ellas, sin importar su porcentaje, daba lugar a la consideración de éstas como públicas, mal se hacía en la distinción contenida, entre otras, en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

En esta providencia judicial, en la que se terminó declarando la conformidad con el texto constitucional de las disposiciones referidas, se indicó la improcedencia de la afirmación revisada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual las empresas de servicios públicos mixtas eran una especie del género de las sociedades de economía mixta. La razón del rechazo fue, en síntesis, la especificidad de este tipo de empresas y la consiguiente imposibilidad de encuadrarlas en categorías previas y existentes para dar solución orgánica a otro tipo de situaciones.

Obviamente, nuestra opinión al respecto es positiva porque, al igual que la Corte Constitucional, pensamos que de la Constitución Política se desprende la necesidad de una categoría orgánica distinta de lo convencional, cuandoquiera que los servicios públicos domiciliarios se vayan a prestar por empresas. Así mismo, y dada la naturaleza de la demanda de inconstitucionalidad que se resolvió, percibimos una relación directa entre esta opinión y la decisión adoptada.

Lo que no podemos compartir es que, pese a lo anterior, la Corte Constitucional haya afirmado que las empresas de servicios públicos mixtas eran entidades descentralizadas y en sustento de ello, a nuestro juicio de manera bastante escasa, se limitó a señalar que habida cuenta de la presencia de capital público en las empresas de servicios públicos mixtas (e inclusive en algunas privadas en nuestra comprensión), éstas eran entidades descentralizadas.

A lo anterior se agregó que del hecho de que estas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarias fueran catalogadas como entidades descentralizadas se desprendían algunas consecuencias jurídicas, dentro de las que se indicaron:

1. Control fiscal
2. Control político
3. Creación legal, de ordenanza o de acuerdo
4. Objeto del régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180 numeral 3, 292 y 323
5. Objeto de la Ley Orgánica de Presupuesto
6. Control de tutela y
7. Naturaleza de servidores públicos de sus trabajadores

De la simple lectura superficial de esta lista se desprende la enunciación de aspectos relativos al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos,

potestad reservada por la Carta Política al Congreso de la República (artículo 365 constitucional). Sin duda alguna, nuestro máximo tribunal constitucional hizo en esta providencia una "reconfiguración" del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y, como se indicará más adelante, introdujo inclusive algunos cambios a lo establecido al respecto por la ley.

Si lo anterior resulta anómalo, también lo es la relación existente entre estas consideraciones y la decisión que se terminó adoptando al respecto; crea perplejidad el hecho de que, se recuerda, se haya declarado la conformidad con la Constitución de los apartes normativos demandados en comento y pese a ello se indicara que las empresas de servicios públicos mixtas eran descentralizadas, y como consecuencia de esto se les atribuyera unas características que significan una recomposición de su régimen jurídico.

Vale la pena indicar que de la totalidad de las características o consecuencias apenas indicadas hay algunas insignificantes en términos prácticos y otras que, por el contrario, constituyen una reforma evidente al régimen jurídico contenido en la Ley 142 de 1994.

En nuestra opinión, con algunas salvedades, las contenidas en los numerales 1 y 4 no fueron contentivas de la reforma que nos preocupa. En efecto, sobre la oportunidad del control fiscal en materia de servicios públicos domiciliarios existe además de una previsión legal (artículo 50 de la Ley 142 de 1994) un largo camino jurisprudencial, en el que se ha subrayado la procedencia de éste, con miras a la protección del capital público relacionado con el sector.

En lo que respecta al régimen de inhabilidades, si bien se hace mención de unas disposiciones constitucionales contentivas de situaciones amplias, existía un referente legal que hacía alusión a las inhabilidades de la Ley 80 de 1993, cuandoquiera que se tratara de contratos celebrados por entidades estatales prestadoras de los servicios públicos domiciliarios (artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994).

En relación, en cambio, con las consecuencias señaladas en los restantes numerales, consideramos que se introdujeron efectivos cambios:

El control político contemplado en el artículo 208 constitucional supone un tipo de control que no se encuentra previsto en la ley y que por ende constituye un cambio con no pocas implicaciones. Por su parte, que deban ser creadas por la ley, ordenanza o acuerdo supone un cambio a las reglas de creación de las empresas de servicios públicos contemplada en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 principalmente.

Situación similar se advierte con ocasión de la aplicación de la Ley orgánica de presupuesto, sobre la que nada se dice en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, así como nada se dice sobre un eventual control de tutela, que por la simple forma (privada) de creación de las empresas de servicios públicos resultaría absurdo, además de no saberse quién lo ejerce: ¿el socio mayoritario?, ¿el del domicilio principal?, el sólo pensarlo resulta ilógico.

Finalmente, se hace referencia a la naturaleza de servidores públicos de los trabajadores de las empresas de servicios públicos mixtas, situación que si bien podría eventualmente leerse de manera concordante con la extraña redacción del artículo 41 de la Ley 142 de 1994, controvertiría el espíritu que al respecto guardó la ley, al menos con la opinión que tenemos de él.

Como se aprecia, se trata de cambios nada insignificantes, cuyo origen constitucional no discutimos, como tampoco su supremacía en relación con el régimen legal de los servicios públicos. No es que tengamos una idea de que la Ley 142 de 1994 no puede ser modificada por nadie y ni siquiera con base en interpretaciones constitucionales; lo que queremos relieves es la efectiva modificación que con esta tesis jurisprudencial se produce y la argumentación a nuestro juicio errada y en contravía de lo dispuesto por la Carta Política para los servicios públicos.

En este contexto, pretendemos subrayar que de conformidad con lo establecido en la premisa de este trabajo, el contenido de la sentencia que se critica supone unas modificaciones normativas que sólo incumben a los prestadores de servicios públicos domiciliarios susceptibles de ser calificados como públicos en la comprensión de la sentencia: empresas oficiales, mixtas y privadas, siempre que las últimas tengan algún porcentaje de participación pública.

En la práctica, la atención de esta modificación significa, entonces, una flagrante discriminación entre agentes públicos y agentes privados, que en nuestra opinión atenta contra el derecho a la libre competencia del que son titulares los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de conformidad con lo establecido en el artículo 365 constitucional, en concordancia con el 333.

No se necesita revisar la casuística al respecto, ni esperar controversias que se planteen en este sentido: basta imaginar la "libre competencia" entre empresas que tienen que rendir cuentas al órgano político y empresas que no tienen que hacerlo; entre empresas que deben aplicar con integridad la ley orgánica de presupuesto (no se sabe si de conformidad con los porcentajes de capital público que allí se señalan o con los que concibe la sentencia) y empresas que no deben hacerlo; entre empresas que están sometidas a un control de tutela (ejercido no se sabe por quién) y empresas que no lo están; y, sobre todo, entre empresas cuyos trabajadores son servidores públicos y empresas cuyos trabajadores no lo son.

Más que la filosofía del sector, la sentencia analizada atenta contra las bases constitucionales de una actividad inherente a la finalidad social del Estado, sin importar quién la desarrolle, pero también una actividad económica y que como tal demanda la garantía de los derechos de libertad de asociación, libertad de empresa y de libre competencia de sus prestadores. Aunado a lo anterior, no se necesita tener amplios conocimientos en análisis económico del derecho para comprender que de estas ideas se produce de manera directa e indirecta un desincentivo a la participación pública del sector.

Ratificamos, entonces, nuestro pesimismo, al constatar cómo, por vía de desarrollo jurisprudencial, se está produciendo una "desconfiguración" del régimen de los servicios públicos, cuya inspiración constitucional era la de, en la medida de lo posible, reglar de manera idéntica a operadores públicos y a operadores privados de los servicios públicos.

Las razones de esta "desconfiguración" desbordan, en nuestra opinión, los linderos de lo ideológico y se ubican en la necesidad de comprender el derecho público como se hacía hace casi cien años: derecho público para los sujetos públicos y derecho privado para los privados.

Insistimos en que un derecho público y en particular administrativo en nuestros días no se puede soportar más en convicciones orgánicas sino, por el contrario, materiales, ya que, en primer lugar, no hay temas enteramente regulados por el derecho administrativo, sino que éste se evidencia a través de dosis que son decididas por el legislador; y, en segundo lugar, porque estas dosis a veces se justifican frente a sujetos públicos, pero también a veces frente a sujetos privados, en mayor o menor proporción.

III. UNA CONTRALECTURA DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS SUGERIDOS POR LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C-736 DE 2007

La estructura y el contenido de la sentencia de constitucionalidad referida en el anterior numeral de este escrito pueden ofrecer una interpretación distinta de la sugerida y, por ende, menos preocupante para el sector de los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de la Constitución económica colombiana.

En efecto, crea perplejidad el hecho de que se haya declarado la exequibilidad de los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994 sin ningún tipo de condicionamiento, manipulación o interpretación. De esta situación se deriva inequívocamente la vigencia de las disposiciones mediante las cuales se establece que son empresas de servicios públicos mixtas sólo aquellas cuyo capital público es superior al 50% e inferior al 100%, situación que, sin duda alguna, riñe con la comprensión de la sentencia de constitucionalidad que se analiza²⁸, según la cual la sola presencia de capital público (sin importar su porcentaje) da lugar a la consideración de una empresa de servicios públicos como mixta.

Así mismo, podría argumentarse que la construcción doctrinaria que hace la Corte Constitucional sobre la naturaleza de entidades descentralizadas que tienen las empresas de servicios públicos mixtas y las incidencias de ello en su

28 Así como la de la referida providencia del Consejo de Estado, expediente n.º 29703.

régimen jurídico no guardan una relación directa con la decisión adoptada, toda vez que, como se indicó, los argumentos de la demanda estaban encaminados en últimas a la definición de si este tipo de empresas eran entidades públicas o no, habida cuenta de la "aparente" contradicción existente entre esta afirmación y lo contenido en los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994.

Esta interpretación fue adoptada recientemente por la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹ en una providencia mediante la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado, en un proceso en que se pretendía resolver un recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral en el que las partes eran una sociedad comercial y una empresa de servicios públicos privada con un porcentaje de capital público.

Allí se señaló, en síntesis, que la ausencia de relación entre la argumentación de la Corte Constitucional y la decisión adoptada en la Sentencia C-736 de 2007 convertía a lo primero en un *obiter dictum* que, de conformidad con lo establecido por la misma jurisprudencia de esta corporación judicial, podía servir de criterio de interpretación, mas no resultaba vinculante para otros jueces que tuvieran en su conocimiento casos en los que dichas consideraciones tuvieran incidencia.

Se indicó entonces, en resumen, que las consideraciones del máximo tribunal constitucional relativas a la naturaleza y los alcances de la calificación de entidades descentralizadas a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con algún porcentaje de capital público no tenían efectos vinculantes, habida cuenta de la decisión de fondo que se había adoptado en la providencia que se estudia.

Esta posición jurisprudencial encuentra también un importante soporte doctrinario³⁰, que ha tenido gran impacto en el sector y que robustece la idea anotada de los efectos no vinculantes de las argumentaciones de la Corte Constitucional y, por ende, la libertad interpretativa del juez que conozca de estos asuntos.

De conformidad con las críticas señaladas antes, recibimos con cierto agrado esta interpretación sobre los alcances de la Sentencia C-736 de 2007. Sin duda, la voluntad del legislador fue la de crear tres tipos de empresas de servicios públicos en atención a la conformación de su capital social, y las interpretaciones tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional terminaron, en la práctica, casi en la existencia de sólo dos tipos societarios,

29 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008, expediente n.º 34745 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

30 ALIER HERNÁNDEZ. "La naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios conforme a la Sentencia C-736-07", en *Series de energía y servicios públicos*, n.º 3, Bogotá, Deloitte, 2008. Vale la pena advertir que la publicación de este artículo es anterior a la de la providencia del Consejo de Estado referida (junio de 2008).

toda vez que una mínima participación pública daba lugar a la calificación de "mixta" de las empresas.

Por otro lado, juzgamos oportuno para el sector el hecho de que en esta providencia no se haga énfasis en la calificación pública, ni de las empresas mixtas ni de las privadas; insistimos en la idea de que si esa distinción es formal, nada interesa, pero que, en la medida en que traiga consigo incidencias en el régimen jurídico de unas y otras, y por ende, diferencias, ello atenta contra la filosofía de los servicios públicos que se desprende de la Constitución económica.

No observamos de la misma manera la interpretación que utilizó el Consejo de Estado en esta providencia para resolver el problema que tenía en frente, relativo a la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. En últimas, allí se hizo alusión al artículo 82 del Código Contencioso-administrativo vigente (es decir tras la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006), y en relación con las empresas de servicios públicos mixtas se indicó que en este estatuto se establecía que, en virtud del criterio orgánico concebido, sólo se conocería de las controversias de éstas cuando el capital público fuera superior al 50%.

En nuestra opinión, esta interpretación, que fue recogida de otra providencia de esta corporación³¹, puede inducir a pensar, nuevamente, en la idea (rechazada por la Corte Constitucional) de que las empresas de servicios públicos mixtas son una especie del género de las sociedades de economía mixta, toda vez que el criterio para el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo contenido en este artículo es "entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%".

Advertimos que la disposición en comento alude no sólo a las sociedades de economía mixta sino a entidades públicas en general; esta situación, entonces, forzaría a concebir las empresas de servicios públicos mixtas como lo que a nuestro juicio no son, es decir como entidades públicas.

Insistimos, finalmente, en que en nuestra opinión la providencia en comento (30745 del 3 de diciembre de 2008) constituye un gran paso a favor de la crítica que presentamos en este artículo, toda vez que permite argumentar que las conclusiones que al entender de la Corte Constitucional se derivan de la consideración de entidades descentralizadas de las empresas de servicios públicos mixtas no resultan aplicables, y esto se hace con la fuerza propia de la jurisprudencia y no sólo con la de la doctrina.

31 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 8 de febrero de 2007, expediente n.º 30.903 (CP: ENRIQUE GIL BOTERO).

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, POR PARTE DE LAS ENTIDADES ESTATALES QUE PRESTEN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Como bien se sabe, la Constitución Política colombiana no hace alusión alguna al concepto de función administrativa, pero sí lo circunscribe de manera sistemática a la rama ejecutiva del poder público³², permite su ejercicio excepcional por los particulares³³ y atribuye a quien la desarrolle unos principios que deben cumplirse³⁴.

En relación específica con los principios que deben orientar la función administrativa, debe decirse, entonces, que éstos son de obligatorio cumplimiento para quien ejercite este tipo de función, es decir, al menos, para las entidades administrativas (que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público) y a los particulares que la ejerzan, obviamente, siempre que la ley los autorice para ello.

Así mismo, y este pareciera ser un aspecto pacífico en la jurisprudencia, los principios que orientan la función administrativa no se limitan a alguna o algunas actuaciones administrativas, sino a cualquiera, es decir que se predicán para la producción de actos administrativos así como para la celebración de contratos estatales.

Las anteriores precisiones resultan importantes para una mejor comprensión de los alcances de lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, donde se estableció el imperativo cumplimiento de estos principios por parte de las entidades estatales que no se rijan por el Estatuto General de Contratación, es decir, que celebren contratos estatales especiales, en los términos de la jurisprudencia, a los que se hacía referencia en el anterior numeral.

Como se sabe, la Ley 1150 de 2007 se encargó de "introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993" así como de "dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos". El tenor literal del artículo que se señala es el siguiente:

Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la

32 Lo relativo a este tipo de función se encuentra dispuesto en el capítulo 5 del título VII de la Carta Política, y este último se titula "De la rama ejecutiva".

33 En las condiciones establecidas por la ley (artículo 210 constitucional).

34 Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 constitucional).

función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Aunque no se revisara la exposición de motivos de la ley que se cita, en la cual se hace alusión expresa a la problemática particular de los contratos en servicios públicos domiciliarios, debería entenderse la aplicación de esta disposición para el sector cuando quiera que éstos sean prestados por "entidades estatales".

A partir del entendimiento sobre las relaciones entre los conceptos de entidad estatal, pública, administrativa y descentralizada, se deriva entonces que en el caso de las empresas de servicios públicos que sean susceptibles de catalogarse de esta manera (puntos II y III de este escrito), se les aplicará entonces, y sólo para efectos de la celebración de sus contratos, los principios que orientan la función administrativa, además de las otras reglas contenidas en el artículo transcrito.

Al menos en el caso de los servicios públicos domiciliarios, las implicaciones contenidas en la disposición que se analiza, distintas de los principios de la función administrativa, no tienen, en nuestro entender, mayores implicaciones. Los principios que orientan la función fiscal siempre se han aplicado a las entidades estatales que prestan estos servicios, por el simple hecho de la participación de capital público que éstas tienen; así mismo, el cumplimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal era ya un imperativo de las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994.

Esta la razón por la que centramos la atención en los principios que orientan la función administrativa y en las implicaciones que en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios ello comportaría.

Al respecto, resulta conveniente recordar que en el pasado hemos manifestado y sostenido la tesis de que los servicios públicos domiciliarios, sin importar quién los preste, significan el ejercicio de una función administrativa, por cuanto este concepto, por su ubicación y naturaleza constitucional, se identifica con el cumplimiento de los fines estatales que se obtenga por el ejercicio de funciones distintas de la legislativa y la judicial; y los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado con independencia del sujeto que los presta³⁵.

Como consecuencia de esta idea, que percibimos como minoritaria en el pensamiento nacional, de conformidad con lo sostenido en la premisa de este artículo, el legislador deberá aplicar algunas reglas de derecho administrativo,

35 Cfr. capítulo 3 de MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, cit.

cuya intensidad y cantidad (dosis) dependerá de la libertad de configuración legislativa; es decir que, en contra de lo que hubiera comportado en el pasado esta calificación, en el derecho administrativo de nuestros días el ejercicio de una función administrativa no representa una rigurosa "reglamentación" con normas propias de este subsistema normativo.

Si esta ha sido –y continúa siendo– nuestra comprensión al respecto, lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 no representa, en nuestro entender, cambio alguno, toda vez que, para nosotros, los principios que orientan la función administrativa deben aplicarse en materia de servicios públicos domiciliarios, no sólo por las entidades estatales que los presten, sino por cualquier prestador, sin importar su naturaleza, y no sólo en materia de contratos, sino para todas sus actuaciones, de manera armónica con el régimen jurídico que el legislador ha establecido para la materia.

Sin embargo, se insiste, esta idea es minoritaria e inclusive ha sido rebatida de manera expresa por parte de la jurisprudencia, al menos de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁶. Si esta es entonces la comprensión, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 significaría un cambio trascendental, toda vez que sometería al cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa sólo a las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, dejando por fuera a los sujetos privados.

Con esta interpretación, percibimos de nuevo la misma tendencia señalada a lo largo de este escrito, de discriminar entre sujetos públicos y sujetos privados en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, lo cual, en nuestro entender, se insiste, es el fruto de una incompreensión de las bases constitucionales de la materia, que abogan por, en la medida de lo posible, un tratamiento idéntico entre agentes privados y agentes públicos, para efectos de garantizar la libre competencia.

Se puede decir, inclusive, que en este caso es aún más evidente la insana discriminación, toda vez que se desconocen los alcances materiales y teleológicos de un concepto como el de la función administrativa, de manera simultánea a los alcances, del mismo tipo, de los servicios públicos, en lo que atañe a su relación con los fines sociales del estado. Creemos que una discriminación entre públicos y privados, donde las únicas que dan efectivo alcance a esta

36 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2005, expediente n.º 27673 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ). En efecto, en esta providencia, frente a la reiterativa discusión sobre el objeto de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en materia de servicios públicos domiciliarios, se hizo alusión a la aplicación para el –vigente en aquel entonces– artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (antes de la reforma de la Ley 1107 de 2006), y con este fin se planteó el problema de si los servicios públicos eran o no una función administrativa, y luego de rechazar nuestra tesis se acogió aquella que identifica (en nuestra opinión, confunde) a la función administrativa con el ejercicio de prerrogativas públicas.

proximidad teleológica de los conceptos son las entidades estatales, además de insana es contraria a la Constitución Política.

Esta crítica, que constituye la tesis central de este trabajo, pareciera, por una parte, acentuarse y, por otra, encontrar algunas consideraciones interesantes en la jurisprudencia. Obviamente, la novedad del tema no ha tenido respuesta por parte de la jurisprudencia del contencioso-administrativo. En materia penal, en cambio, con ocasión de la revisión del tipo de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales" (artículo 410 del Código Penal), la jurisdicción ordinaria ha establecido, de tiempo atrás, es decir antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, que los principios que orientan la función administrativa deben ser cumplidos por las entidades estatales que prestan los servicios públicos³⁷, situación que coincide con lo dispuesto por la ley.

Al respecto, vale la pena anotar que con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad, entre otros, contra los artículos 31, 32 y 35 de la Ley 142 de 1994, la Corte Constitucional había ya analizado un cargo que consideraba que el hecho de que el régimen jurídico de los contratos en servicios públicos domiciliarios fuera el del derecho privado (por regla general) significaba una irresponsabilidad penal de los representantes legales de aquellas empresas estatales, toda vez que éstos no estaban obligados al cumplimiento de los principios de transparencia, economía y eficacia, entre otros³⁸.

En relación con este cargo, el máximo tribunal constitucional sostuvo que esto no era así, ya que la Ley 142 de 1994 señalaba en su título preliminar unos principios que debían cumplir quienes desarrollaran este tipo de actividad, que eran inclusive más incisivos que los aludidos, toda vez que el hecho de que el régimen de contratación fuera por regla general el del derecho privado no desvirtuaba la naturaleza de los servicios públicos que la Ley 142 de 1994 desarrollaba y que, como tal, el régimen especial se imponía al del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Siempre hemos percibido en esta providencia judicial una coherencia enorme, y es así como de su lectura advertimos una coincidencia indirecta con nuestra posición. Si bien no se alude allí al cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa (artículo 209 constitucional) para todas las empresas de servicios públicos, sí se hace referencia al cumplimiento de unos principios (legales) que deben ser observados por todos los tipos de empresas y, por ende, no se debe discriminar entre operadores públicos y operadores privados, habida cuenta de la especialidad del régimen de este tipo de servicios.

37 A título de ejemplo, pueden citarse las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 19 de diciembre de 2000, expediente n.º 17088 (MP: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ); del 18 de marzo de 2008, expediente n.º 21764 (MP: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO) y del 5 de noviembre de 2008, expediente n.º 25104 (MP: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS).

38 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997 (MP: FABIO MORÓN DÍAZ).

Volviendo a la posición jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, debemos señalar que si bien creemos que con ella se acentúa aún más la discriminación entre prestadores públicos y prestadores privados, lo cierto es que en las sentencias que la recogen se está resolviendo un asunto penal, con una lógica que se predica de las entidades estatales, y que, por ende, resulta comprensible que no se haya hecho pronunciamiento alguno sobre la situación de las empresas privadas que prestan este tipo de servicios. Así mismo, se debe indicar que en esta posición se hace referencia a la posible convivencia de los principios que se estudian con el régimen de derecho privado propio de los servicios públicos domiciliarios, y creemos entender que en ejercicio de esto las reglas internas de contratación cumplen un papel muy importante.

Una vez sentada nuestra posición crítica frente a la intensificación de la discriminación entre prestadores públicos y privados, que constituye la tesis central de este escrito, pretendemos resolver una inquietud lógica que nos deja la aplicación de lo relativo a los principios que orientan la función administrativa, de la disposición legal que se analiza en este último numeral: ¿Qué implicaciones tiene la aplicación de estos principios en materia contractual?

A nuestro juicio, la disposición analizada es clara³⁹ en que la aplicación de los principios se debe *armonizar* con el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, es decir el de derecho privado (por regla general). Esto quiere decir que la "innovación" normativa de ninguna manera significa que se adopte un régimen de derecho público e inclusive que se importen los principios de selección objetiva contenidos en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Como se ha sostenido en este escrito y en otras oportunidades, en armonía con lo dispuesto por la Corte Constitucional⁴⁰, la especialidad del régimen de los servicios públicos domiciliarios que se deriva de la Constitución política no permite esta interpretación y, por el contrario, tal y como lo señala el mismo artículo 13, lo que se debe armonizar es una lógica de derecho privado con el cumplimiento de unos principios que si bien están estrechamente vinculados con los fines del Estado, según se anotó, no resultan ajenos al desarrollo empresarial de actividades económicas.

En atención a lo anterior, creemos que el escenario lógico de recepción de estos principios en términos prácticos son los reglamentos internos de contratación, donde ellos deben encontrar no sólo asiento formal sino también desarrollos específicos, creativos por demás, en los que se advierta su cumplimiento. De no ser así, probablemente se podría estar violando algunos derechos

39 Inclusive si se lee de manera conjunta con el artículo 14 de la misma ley, esto resulta más evidente.

40 Principalmente en la ya citada Sentencia C-066 de 1997 (MP: FABIO MORÓN DÍAZ).

e intereses colectivos relacionados con el tema, además de reglas contractuales, por qué no, del derecho privado y también del público, así como incurriendo en algunas conductas susceptibles de control fiscal, penal y disciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

ATEHORTÚA, CARLOS ALBERTO. "Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza jurídica", en *Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas*, Medellín, Grupo ISA, 2006.

BURDEAU, FRANÇOISE. *Histoire du droit administrative*, París, PUF, 1995.

HERNÁNDEZ, ALIER. "La naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios conforme a la Sentencia C-736-07", en *Series de energía y servicios públicos*, n.º 3, Bogotá, Deloitte, 2008.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1993.

HAURIOU, ANDRÉ; JEAN GICQUEL y PATRICE GÉLARD. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980.

HENRY, NICHOLAS L. "La raíz y las ramas: peripecias de la administración pública hacia el futuro", en VV. AA. *Administración pública: el estado actual de la disciplina*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

MELIS, GUIDO. *Storia dell'amministrazione italiana*, Bolonia, Il Mulino, 1996.

MESTRE, JEAN LOUIS. *Introduction historique au droit administratif française*, París, PUF, 1985.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO. "Algunas implicaciones al régimen normativo de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas con ocasión del conocimiento de sus controversias por parte de la jurisdicción contencioso administrativo", en *Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas*, Medellín, Grupo ISA, 2006.

WEBER, MAX. *¿Qué es la burocracia?*, México D. F., Coyoacán, 2001.

ZANOBINI, GUIDO. *Curso de derecho administrativo*, volumen 1, Buenos Aires, Acayú, 1954.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, expediente n.º 14202 (CP: JUAN DE DIOS MONTES).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 8 de febrero de 2001 (CP: RICARDO HOYOS DUQUE).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2005, expediente n.º 27673 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2006. Expediente 29.703 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2006 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 8 de febrero de 2007, expediente n.º 30.903 (CP: ENRIQUE GIL BOTERO).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008, expediente n.º 34745 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997 (MP: FABIO MORÓN DÍAZ).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003 (MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA).