

Conflictos contractuales de operadores de servicios públicos en la Ley 1437 de 2011: *¿Plenitud del criterio organicista?*

FERNANDO ARIAS GARCÍA¹

RESUMEN

Este artículo pretende determinar si la expedición de la Ley 1437 de 2011 limitó el criterio orgánico en materia de competencia sobre conflictos contractuales de los operadores de servicios públicos, que había asumido el Consejo de Estado, al condicionarlo a que el contrato incluya o deba incluir cláusulas exorbitantes. Para este fin, se hace un análisis de la concepción de servicio público y la mutación del concepto, su recepción en Derecho nacional entendido como una actividad económica enmarcada en Estado Social de Derecho. Así mismo, señala la ausencia de unicidad jurídica entre los textos legales y la jurisprudencia frente a la asignación de competencia sobre estos contratos.

Palabras clave: Servicio público, Conflictos contractuales, Servicios Públicos Domiciliarios, Actividad económica, Estado Social de Derecho, Jurisdicción competente, Competencia.

1 Máster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal, Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Abogado, UPTC. Juez 9 Administrativo de Tunja. Docente-Investigador. Universidad Santo Tomás de Aquino-Tunja. Grupo de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado. Correo-e: farias@ustatunja.edu.co.

CONTRACTUAL DISPUTES OF PUBLIC SERVICE OPERATORS IN THE LAW 1437 OF 2011: *FULLNESS OF THE ORGANICIST CRITERIA?*

ABSTRACT

This article aims to determine whether the expedition of the law 1437 of 2011 limited the organic criteria established by the *Consejo de Estado* for contractual conflicts of service public operators, requiring in addition, that the contract includes or must include exorbitant clauses. For this purpose, the author analyses the concept of public service, the changes it has undergone, and its reception by national law, understanding the public service as an economic activity governed by the social State under rule of law. Furthermore, it points out the absence of a single criteria regarding competent jurisdiction for this contractual conflicts, between the law and the rulings.

Keywords: Public service, Contractual Conflicts, Public Utilities, Economic Activity, Social State Under Rule of Law, Competent Jurisdiction, Competence.

1. INTRODUCCIÓN²

La expedición la Sentencia de 8 de febrero de 2007 –C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO Exp. 30903– de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano supuso la finalización de una buena cantidad de debates generados en torno al conocimiento de los conflictos contractuales en que fueren parte operadores de Servicios Públicos Domiciliarios, es decir, la determinación si los mismos corresponden a la Jurisdicción Ordinaria o a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, la interpretación generada a partir de los efectos de la Ley 1107 de 2006 implicó para el Consejo de Estado la asunción de un criterio organicista (descartando el criterio material o funcional) fundado en el cual, si el capital estatal del operador de Servicios Públicos o de la Empresa de Servicios Públicos (en adelante E.S.P.) fuere superior al 50 %, el conocimiento de sus litigios corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (salvo el cobro ejecutivo de las facturas), en tanto que aquellas cuyo capital fuere inferior, son de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria.

Si bien la emisión de la Ley 1437 de 2011, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (en adelante C.P.A. y C.A.), parece mantener el criterio organicista frente al

2 Artículo de reflexión tomando como fuente directa la Ley 1437 de 2011, para la aplicación del método analítico conceptual.

conocimiento de los conflictos contractuales de los operadores de Servicios Públicos Domiciliarios (n.º 3 del art. 104 de la Ley 1437 de 2011), condiciona lo anterior a que el contrato "incluya o deba incluir cláusulas exorbitantes".

La anterior determinación legislativa pareciere suponer entonces que aquellos conflictos contractuales en los que sean parte operadores de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante S.P.D.) con participación estatal superior al 50% pero que no incluya o deba incluir cláusulas exorbitantes, deban corresponder a la Jurisdicción Ordinaria, lo que limita la asunción plena del criterio organicista que consolidó la sentencia de 8 de febrero de 2007 de la sección tercera del Consejo de Estado.

Resulta entonces trascendente establecer si con la emisión de la Ley 1437 de 2011 realmente se cercena el criterio organicista que había determinado el Consejo de Estado al interpretar la Ley 1107 de 2006, lo que implica analizar varios factores, a saber: (i) si en la determinación legislativa influyó el cambio de concepción de lo que puede entenderse como "servicio público" y la integración de elementos novedosos en su construcción, como el derecho de la competencia económica y la libre entrada; (ii) la recepción en el Derecho colombiano del nuevo concepto de servicio público y su contenido negocial, su dimensión constitucional y especialmente su significación bajo el clausulado del Estado Social de Derecho, y (iii) el tratamiento legal y jurisprudencial de los criterios de determinación de competencias en conflictos contractuales de E.S.P. antes de la Ley 1437 de 2011 y el eventual impacto de la vigencia del C.P.A. y C.A.

Como lo cita ARIÑO ORTIZ (2003: 527), la determinación de una actividad bajo el rótulo de "servicio público" no obedece a un mero afán cientificista, sino que, por el contrario, tiene profundas implicaciones prácticas: (i) la determinación de la jurisdicción aplicable si la actividad se cataloga como tal, tema de este trabajo; (ii) la asunción de prerrogativas como la ocupación de espacio público, imposición de servidumbres, expropiación forzosa; (iii) limitación del derecho de huelga, y (iv) afectación e inembargabilidad de los bienes destinados al servicio, entre otras.

2. METODOLOGÍA

Tras una primera etapa descriptiva de las normas positivas y estudio de doctrina que constituyen la fuente directa del estudio, el análisis tenderá a construir un texto reflexivo cuyo debate gira en torno a la formulación de un problema jurídico específico y que implica establecer si con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se modifican las competencias en materia de conocimiento de conflictos contractuales de los operadores de Servicios Públicos Domiciliarios. En forma más precisa se busca resolver la pregunta de si la expedición de la Ley 1437 de 2011 limitó el criterio orgánico que había asumido el Consejo de Estado en sentencia de 8 de febrero de 2007 –C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, Exp. 30903–,

al interpretar la Ley 1107 de 2006, solo a aquellos contratos celebrados por el operador de servicios públicos domiciliarios que incluyan o deban incluir cláusulas exorbitantes.

3. RESULTADOS

3.1. UNA DEFINICIÓN DECIDIDAMENTE DINÁMICA: SERVICIO PÚBLICO

No de poca monta resulta establecer si la asunción de un criterio orgánico para conocer los litigios de los operadores de S.P.D. es resultado directo del cambio en la concepción de lo que debe entenderse como servicio público.

ARIÑO ORTIZ (ídem: 519) plantea con precisión que vivimos una época de profunda transformación del concepto de "servicio público", el que por una parte no puede seguirse entendiendo bajo los exclusivos parámetros consolidados en la postrevolución francesa o por la escuela de Burdeos (DUGUIT, JÉZE, BONARD, ROLLAND) ya que se trata de una verdadera actividad económica, pero no de una actividad cualquiera pues existe, al menos en nuestro Derecho patrio, reserva de los mismos a favor del Estado³, fuera de ser inherentes a la finalidad social del Estado y asegurarse su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio (art. 365. Constitución Política). Como lo cita DROMI (2004: 828), "el servicio público como prestación satisface una necesidad comunitaria; no está en el mercado solo por connotaciones pecuniarias y por la persecución de objetivos económicos. Su fin prevaleciente está dado por la eficaz satisfacción de necesidades colectivas".

Frente al origen del concepto, ARIÑO ORTIZ (ídem: 520) manifiesta que la doctrina evidencia su génesis en la expresión "*service public*" citado por J.J. ROUSSEAU, no obstante la mención que se hace se refiere a todos "asuntos colectivos de los ciudadanos". El concepto de servicio público brota como una definición más política que jurídica a instancias no estatales (gremios, iglesia, corporaciones de artesanos, universidades), no obstante la ilustración denota un cambio en cuanto a las relaciones del Estado con el individuo, pues al desaparecer los gremios por expresa prohibición en cuanto a su formación, todo el cúmulo de prestaciones que eran cubiertas por dichos estamentos (asistencia social, educación, arte y cultura etc.) pasaron a convertirse en una verdadera necesidad que no contaba con otra forma de suplirse sino mediante la actividad del Estado: "No será difícil comprender que, en la medida en que el Estado –la Administración Pública– ganaba en protagonismo con su actuación más directa dentro del proceso de interacción social, y asumía de manera creciente una mayor presencia protagónica en el desarrollo y ejecución de actividades que revisten un carácter necesario y de importancia para la marcha de la comunidad,

3 Cfr. SANTAELLA QUINTERO (2003: 552).

los límites de su espacio de actuación funcional también se irían ensanchando en su contenido; y, a la par, iría ocupando mayor terreno la convicción de que es el Estado, como garante de la satisfacción del interés público, y no el individuo, al que corresponde de inicio la organización y ejecución de tales actividades" (MATILLA CORREA, 2008: 5).

Más complejo se tornó el escenario frente a la posibilidad de participación del Estado en actividades industriales y comerciales, novedosa intervención que tiene como prototipo inicial la actividad de transporte estatal ("*arret Société commerciale de l'Ouestafricain*") en condiciones de prestación idénticas a la de los particulares. VEDEL (1980: 633) apunta otros ejemplos de su prestación: "Tabaco, Cerillas, Imprenta Nacional, Manufacturas de Sévres, Gobelins...".

Resulta evidente que las distintas formas de expresión del Estado fueran automoldeando espacios abiertos donde se empezara a masificar la producción de bienes y servicios. Asumir una cantidad de roles distintos llevó a la insuficiencia del Estado en su prestación, que por el contrario encontró un espacio amplio en cabeza de los particulares que contaban con los medios técnicos y financieros para su prestación sin que el Estado se desprendiera de la titularidad (*dominus*) del servicio.

Lo anterior generó dos consecuencias evidentes: (i) el nacimiento del contrato de concesión administrativa y (ii) la génesis de la mutación del concepto de servicio público, que llegó a considerarse como "crisis del servicio público", "crisis" que según GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (1989: 45) se origina en la comprobación de la existencia de servicios públicos gestionados por instancias distintas al Estado y en la participación del Estado en actividades no catalogadas como servicios públicos.

Más que admitir una crisis en el concepto de servicio público, los anteriores fenómenos evidencian la mutación de un concepto que es naturalmente dinámico y debe adaptarse a nuevas realidades, cambio que, consideramos, se genera no por sustracción o reducción del campo de acción del Derecho Administrativo, sino por todo lo contrario: su aplicación extensiva a particulares que prestan servicios públicos. Creemos que el anterior fenómeno no debe entenderse como lo que algún sector doctrinal denominó la "huida del Derecho Administrativo" (CLAVERO ARÉVALO, 1962: 123) pues la instrumentalización de mecanismos jurídicos propios de los particulares reactualiza la administración pública sin que ello implique un proceso de "fuga de toda ordenación de carácter general" (MARTÍN RETORTILLO, 1962: 123).

Lo que sí resulta contundente es que el concepto tradicional de servicio público debe amoldarse a los dinámicos fenómenos sociales y económicos: "sucesivas revoluciones industriales y tecnológicas, procesos de igualación social, educación generalizada, atención sanitaria prácticamente universalizada y un progreso sostenido de la libertad que ha acreditado su inmensa capacidad creadora" (ARIÑO ORTIZ, Ob. cit.: 585).

Lo anterior también obedece a lo que PAREJO ALONSO (2003: 31) denomina la ruptura de la exclusividad de los ordenamientos nacionales que necesariamente repercute en la concepción de Derecho Administrativo imperante y su forma de aplicabilidad: "(...) la mundialización está rompiendo la exclusividad de los ordenamientos nacionales y su capacidad de sujeción imperativa de las conductas de los sujetos ordinarios (...) la interacción de poderes públicos que no pueden imponerse recíprocamente su voluntad unilateral (...) está induciendo formas flexibles de toma de decisión (...) en las que el protagonismo de la negociación y el acuerdo prima sobre los datos normativos procedimentales y sustantivos previos".

Gran papel jugó la concepción tradicional de servicio público como polo de desarrollo y mejorador de la calidad de vida de los ciudadanos, pero con todo y ello, VILLAR PALASÍ (1994: 8) aclara que: "El servicio público ha muerto; lo que nos queda es darle un entierro digno" y ARIÑO ORTIZ (Ob. cit.: 585) reafirma: "Es inútil intentar embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales – también los políticos y culturales– sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente".

Los ejemplos de ello resultan contundentes en DE LA CUÉTARA MARTINEZ (1995: 7): "(...) los servicios privados de correo rápido o de seguridad se usan ya cotidianamente en las administraciones públicas; casi todos los servicios portuarios son servicios comerciales; las televisiones públicas son, en la práctica, también comerciales (...), los viejos mercados se traspasan en galerías comerciales para, después, ceder al paso a las Grandes Superficies –privadas– de alimentación; la seguridad social exige, cada vez más, el acompañamiento de un plan de pensiones privado... y así sucesivamente".

Así las cosas, en el nuevo concepto de servicio público, el *dominus* del mismo no es el Estado sino los particulares en el marco de la libre iniciativa económica⁴, fenómeno que evidencia el retorno natural a la iniciativa de la cual surgió. La participación de los particulares como titulares del servicio implica la aparición de dos nuevos elementos en la dinámica de la prestación de los servicios públicos: la competencia y la regulación: "La técnica regulatoria se puso al servicio del movimiento privatizador de los servicios económicos de los Estados, en un movimiento que se ha identificado como "*despublicatio*"⁵.

4 Al respecto, CORREA HENAO (s.f.: 17) establece que: "En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos" (F.J. 4, e)".

5 Cfr. CASSAGNE (2002).

En efecto, los nacientes desafíos del Estado en materia de prestación de servicios públicos implica la vigencia de un nuevo elemento –antes desconocido en virtud al monopolio estatal– tendiente a promover la concurrencia empresarial. En un artículo que enjuiciamos bastante llamativo, URIBE (2001: 193) expresa:

Eliminar el monopolio del Estado sobre la provisión implicó para la Ley varios retos: i) establecer mecanismos para garantizar los derechos de propiedad de los inversionistas privados en servicios públicos; ii) crear condiciones para promover la concurrencia empresarial y evitar la conformación de monopolios privados los cuales a partir del usufructo de mercados cautivos terminan abusando del consumidor que se quería igualmente proteger; iii) la defensa del consumidor de servicios, como por ejemplo, el derecho de escogencia libre del suministrador, el derecho a recibir servicios eficientes y a costos razonables y el derecho a contar con un régimen de subsidio focalizado para usuarios de bajo ingreso.

Ahora bien, la modificación y ampliación de las posibilidades de prestación en el nuevo marco de “libre entrada”⁶ de S.P.D., como su actual connotación económica, no implicó *sine qua non*, la modificación de las reglas básicas de su operación, tales como la de universalidad, la continuidad, la uniformidad y el libre acceso. Lo anterior se verifica en el Derecho nacional, como pasará a indicarse.

3.2. LA RECEPCIÓN EN EL DERECHO NACIONAL: LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA BAJO EL CLAUSULADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es claro que en materia de servicios públicos, la Constitución de 1991 en su artículo 365 da un viraje a la forma de concebirlas al establecer (i) que son inherentes a la finalidad social del Estado; (ii) que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, manteniendo con todo la regulación, el control y la vigilancia de los mismos, y (iii) que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

En la actualidad es claro que el régimen de prestación de servicios públicos es caracterizado por la denominada “libre entrada”, donde se posibilita la participación de los particulares en su prestación bajo reglas de mercado. Pero lo expuesto no desconoce la existencia de recónditos argumentos que justifican la participación de la empresa estatal en el mercado de los servicios

6 PALACIOS MEJÍA (1999: 23) entiende por tal concepto, “la posibilidad que tienen distintos sujetos (de diversa naturaleza) de desarrollar actividades de servicios públicos, complementarias o conexas a estos, sin necesidad de autorizaciones o negocios jurídicos entre estos y la entidad pública responsable del servicio”.

públicos, específicamente los que la determinan como promotor e incentivador de estas actividades⁷.

Dos posturas encontradas se advierten en el tratamiento de la materia⁸: una defensora del libre mercado y otra de índole intervencionista estatal. Desde un punto de vista económico, el concepto de Estado Social de Derecho pretende reconciliar posturas que parecieren absolutamente incompatibles, tales como las favorecedoras de una economía de libre mercado con las defensoras de la intervención del Estado en la economía.

El planteamiento resulta suficientemente trascendental en la definición de ciertos aspectos que se relacionan en esta temática, como el de la definición del modelo económico planteado por la Constitución Política de 1991, donde resaltan los análisis de ALEXEI JULIO ESTRADA (2003 y 2004). De igual forma, el estudio realizado por SANTAELLA QUINTERO (2001), donde expresa que: "No obstante, al ser enmarcada en un contexto más amplio, el Estado Social de Derecho, resulta coherente que en un mismo texto se conjuguen las libertades económicas y la intervención del Estado en la economía, pues con ello se garantiza que las primeras deberán ser siempre respetadas por las autoridades públicas, lo que significa que la actividad económica se desarrollará en el marco de una economía de mercado, al tiempo que se habilita al Estado para actuar como instrumento de justicia social, dejando a su cargo la redistribución de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales, lo mismo que la preservación del mercado...".

Frente a los servicios públicos es claro que, por una parte, los mismos son una verdadera actividad económica a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 que –en principio– tiene que desarrollarse fundada en las leyes del mercado, "consecuencia de una opción del constituyente de 1991, que gústenos o no es la realidad jurídica vigente" (MONTAÑA PLATA, 2003). Pero por otra parte, no se trata de una actividad económica cualquiera en la medida en que

7 RODRÍGUEZ CHIRILLO (1995: 66) establece que: "La presencia de empresas públicas en las actividades de mercado respondió a una variopinta gama de motivaciones entre las que se destaca una de índole general: la de constituirse en instrumento de transformación del orden económico y social que supone, entre otros supuestos, el de servir como instrumento de política económica, el promover sectores industriales o regiones económicas determinadas, y el servir al mantenimiento al empleo. Con este objetivo, se reemplaza aquel otro, también general, de suplir la ausencia o incapacidad de la iniciativa privada".

8 Debe anotarse que las perspectivas expuestas no son homogéneas en su conjunto. Tan solo frente a la primera tesis defensora del libre mercado obran posturas que fluctúan desde las más moderadas hasta más radicales; en estas últimas "la mano invisible" del mercado puede encontrar el equilibrio exacto de producción sin la más mínima injerencia del Estado. Afirmaciones como la que cita ARIÑO (Ob. cit.: 82) en comentario a la obra de P. SCHWARTZ muestran la postura expuesta: "Si uno es consecuente habría que pedir que desaparecieran las legislaciones de salarios mínimos, congelación de alquileres, políticas de rentas, subsidios de bienes que entran en los índices de precios, aranceles, limitación de tipos de interés activos y pasivos y otras distorsiones de las instituciones mercantiles".

se establece que en el artículo 365 del mismo texto que: "Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional" al tiempo que los mismos son una verdadera instancia de legitimación del Estado para con sus ciudadanos. Tal como lo anunció en su oportunidad GASTÓN JEZE (1925), ello implicará una necesaria injerencia del Estado como "asegurador" en su prestación frente todos los habitantes del territorio nacional.

En este aspecto resulta trascendente resonar la concepción de servicio público como instrumento legitimador de política social, específicamente frente a los trabajos de la doctrina especializada⁹. MONTAÑA PLATA (2002) expresa: "Las desigualdades sociales reales, junto con las altas cargas ideológicas (también en esta oportunidad) económicas y sociales, producen, más que un efectivo cambio en la forma de concebir el Estado, un cuestionamiento sobre los instrumentos que éste debe usar para remediar precisas situaciones, que los particulares no han sido capaces de resolver".

GARRIDO FALLA (1991, tomo I) expresa una interesante síntesis del concepto bajo análisis: "Recordemos por de pronto, qué significa el concepto de servicio público en el Derecho Administrativo tradicional: se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado".

La mixtura en el tratamiento que el Constituyente les da a los servicios públicos manifiesta en un "Estado competidor" y por la otra un "Estado asegurador"¹⁰ de los mismos y la intervención que hace a través de la ley, hace que su prestación no sea en modo alguno, comparable a la prestación de otras actividades económicas regida bajo los postulados clásicos de la economía de mercado.

Desde ya podemos anotar que percibimos ineludibles las formas de intervención del Estado en materia de servicios públicos. Las mismas pudieren justificarse en la necesidad de protección del extremo más débil en la relación usuario-empresa, para solo citar un ejemplo. Al respecto, anota ÁLVAREZ CASALLAS (2003: 288): "Al constatarse su debilidad frente a la contraparte se inmiscuye el Estado en su relación a fin de igualarlos en un plano jurídico, característica distintiva de lo que se denomina derecho al consumo".

Frente a lo expuesto debe recordarse que en vigencia del Estado Social de Derecho, es dable limitar o condicionar la naturaleza de la autonomía privada. Dicha tendencia es notoria en el Derecho español, en el que, a pesar de la consideración de los servicios públicos como una actividad netamente económica, en algunos casos el Tribunal Constitucional Español ha dado muestras de "publicatio" en su prestación. Tal es el caso citado por MAGDALENA CORRERA (Ob. cit.) bajo el subtítulo de "La declaración de servicio público para la

9 Cfr. MONTAÑA PLATA (2002, 2003, 2003a, 2004).

10 Cfr. ATEHORTÚA RÍOS (1998: 48).

protección del interés general" que por su trascendencia transcribimos en uno de sus apartes:

En la STC 17/1990, mediante la cual se resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5-5-1987, sobre el régimen de Aguas, el Tribunal encuentra compatible con la constitución, la disposición en ella contenida, mediante la cual se declara como servicio público el transporte del agua. Dicha "publicación" de una actividad hasta ese momento en el ámbito de la plena disponibilidad de la iniciativa privada, al recaer sobre un bien de dominio público, no genera a su juicio, ni lesión de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), ni del art. 139 de la Constitución, ya que, las singulares circunstancias de la Comunidad en materia de aguas justifican dicha intervención, aunque la misma conlleve "determinadas restricciones en los derechos de los particulares hasta ahora dedicados a tal actividad" (F.J. 16). Consideraciones semejantes se presentan frente a la declaración como servicio público de la producción industrial de agua, decisión que a su juicio no resulta incompatible con el derecho amparado por la libertad de empresa que sanciona el art. 38 de la Constitución, como quiera que existe una justificación suficiente para adoptar dicha medida. En efecto, "...el tratamiento diferenciado que la Ley establece se justifica en la singularidad de las aguas en Canarias, caracterizada por su escasez, y en la legítima opción del legislador para dar preferencia en función de esas necesidades, a unos y otros aprovechamientos".

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996) establece: "Piénsese en el alcance del principio del Estado Social de Derecho... en cuanto condiciona y limita la autonomía contractual o modifica el sistema de responsabilidad patrimonial, o determina la forma misma del cumplimiento de las obligaciones".

El panorama planteado es claramente compatible con lo expuesto en la Carta Política de 1991: el artículo 333 estableció que "La actividad económica y la iniciativa privada son libres", pero "dentro de los límites del bien común". De la misma forma autorizó al legislador para que delimite "el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

MONTAÑA PLATA (2002: 62) establece: "Sea por el marco dogmático en el que se sitúa la libertad económica privada o por características intrínsecas a esta concebida como un derecho, la misma Constitución Política ha establecido un límite al ejercicio de la misma: 'el bien común'; en desarrollo de este, el mismo artículo 333 establece que las empresas en el ejercicio de la función social que les es propia tienen unas obligaciones, y que la ley delimitará el alcance de este derecho en consideración al interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

Nótese que con la expedición de la Carta Política de 1991, el Estado en forma alguna abandonó su papel de sujeto activo y protagonista esencial en el manejo económico, hecho que fue –y sigue siendo– consecuencia de los grandes cambios acaecidos con ocasión de los desequilibrios sociales y econó-

micos que se presentaron a principios del siglo XX. Con lo cual no se pretende afirmar en absoluto que con anterioridad la estructura pública no intervenía en el manejo de los asuntos económicos, ya que existen distintas manifestaciones de su participación en el decurso histórico. La diferencia frente a épocas remotas pareciera denotarse en la intensidad de la intervención.

Existe, pues, cláusula constitucional expresa manifiesta en el artículo 334 que determina la posibilidad de intervención del Estado en la economía¹¹; de igual forma existen variados desarrollos legislativos en la materia que determinan los fines e instrumentos de intervención estatal en la economía, *v.g.*, los establecidos en su momento en los artículos 2 y 3 de la Ley 550 de 1999 y hoy en día en la Ley 1116 de 2006.

Dicha afirmación es aún más latente tratándose de S.P.D. no solo por la naturaleza esencial de su prestación (art. 4 de la Ley 142 de 1994), sino porque al tener el Estado el fin de asegurar la prestación de los mismos, el ordenamiento constitucional le ha dado la posibilidad de intervenir, entre otros aspectos "...en los servicios públicos y privados..." (art. 334 Constitución Política colombiana). Ello, efectivamente lo hace mediante la configuración del régimen jurídico de la actividad, su regulación y el control y vigilancia que ejerce a través de organismos especializados (art. 370 Constitución Política colombiana). Las posibilidades de intervención en materia de servicios públicos domiciliarios no son un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar, entre otros, los fines descritos en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994¹².

11 Constitución Política. Art. 334: "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos".

12 Ley 142 de 1994. "Artículo 2°. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios. 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios. 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico. 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan. 2.5. Prestación eficiente. 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante. 2.7. Obtención de economías de escala comprobables. 2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación. 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad".

En tal sentido, el contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular –entre otros– en los servicios públicos domiciliarios: "...el valor normativo, que podría ponerse en tela de juicio por las razones antes enunciadas, en materia de servicios públicos domiciliarios no enfrenta los inconvenientes derivados de su riqueza conceptual. Por el contrario, la única expresión concreta, nítida, normativa –si se quiere– del Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra en los servicios públicos domiciliarios" (SÁNCHEZ LUQUE, PACHECO DE LEÓN, OBREGÓN GONZÁLEZ, ALVARADO RINCÓN, 2001).

Los servicios públicos domiciliarios son la instancia principal de legitimación del Estado frente a sus ciudadanos y están estrechamente vinculados a la "teleología" del Estado. La diferenciación de la prestación de servicios públicos domiciliarios a la par de otras actividades económicas es del todo substancial en la especial diferenciación frente al régimen jurídico de unas y otras: en los primeros encontramos, entre otras, reglas especiales frente a posibilidades de intervención estatal (art. 2 y 3 de la Ley 142 de 1994), derechos especiales de los usuarios de los mismos (art. 9 de la Ley 142 de 1994 y Decreto 1842 de 1991– Estatuto Nacional del Usuario), obligaciones especiales de los prestadores en relación con la función social de la propiedad (art. 11 de la Ley 142 de 1994), régimen jurídico especial de sus prestadores prototipo (arts. 17-26, *Ibídem*), régimen de derecho de la competencia (art. 34, *Ibídem*), reglas contractuales especiales para su gestión (arts. 39 y s.s., *Ibídem*) régimen laboral (arts. 41 y s.s., *Ibídem*), etc.

La citada discusión no es ajena al Derecho Comparado. GASPAR ARIÑO (Ob. cit.: 560) califica a tal régimen especial como "peculiaridades de régimen jurídico" y cita entre otras el "régimen de protección especial de sus bienes afectos con múltiples manifestaciones, la especial regulación de sus huelgas (que se han manifestado frecuentemente en los últimos tiempos al dictar normas de servicios mínimos); la especial protección penal (art. 222 Código de Comercio); un régimen especial de quiebras y suspensiones de pagos...".

No obstante que la vigencia del dirigismo contractual evita en alguna forma "las grandes desigualdades que se registran entre empresarios y consumidores" en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios y en donde "queda proscrita en consecuencia la técnica de las potestades inherentes a la entidades públicas" (ÁLVAREZ CASALLAS, Ob. cit.: 276), abogamos por la reconstrucción y fortalecimiento de la noción primigenia y tradicional de servicio público, que en su desarrollo y consolidación estructural no desconozca las posibilidades de participación del Estado en actividades de mercado, pero que tampoco pretenda "equiparar" actividades tan distantes.

Al respecto cita con precisión ALBERTO MONTAÑA (2003): "Resulta evidente que los fines de una y otra son distintos y si bien pueden coincidir (verbigracia la protección de los consumidores o los usuarios), se materializan a través de singulares intervenciones que son diferentes, baste pensar a título de ejemplo

en el tema de estratificación y subsidios o en la búsqueda de ampliación de cobertura que caracteriza los servicios públicos domiciliarios. De este modo, insistimos en que la tendencia hacia la 'liberalización' de los servicios públicos no puede confundirse con la renuncia del Estado a asumir compromisos relacionados con finalidades básicas contenidas en los textos políticos y las consecuentes medidas que las instancias públicas deben adoptar para dar desarrollo a las mismas".

Creemos que la perspectiva debe estar dada por un régimen jurídico que diferencie las actividades de la administración: unas donde el Estado sea un verdadero competidor a la par y en concurrencia a los particulares (donde sin lugar a dudas, tendrían absoluta vigencia la implementación de criterios como los de igualdad y principios de la libre competencia económica) y, por otra parte, actividades –nominadas en la doctrina española como "servicios esenciales universales" (ARIÑO ORTIZ, Ob. cit.: 608)–, como la prestación de S.P.D., donde las especiales características de su operación (universalidad, regularidad, libre acceso, continuidad y solidaridad, entre otras) y las obligaciones especiales que debe cumplir el Estado en su desarrollo ("asegurar su prestación", "ser inherentes a los fines sociales del Estado", tener connotaciones de "interés social") determinen la consolidación de natural de privilegio y prerrogativas a favor del Estado.

Una primera conclusión aflora frente al objetivo de este trabajo: existe una clara influencia del cambio de concepción de lo que puede entenderse como "servicio público" dentro de la asignación de criterios de conocimiento jurisdiccional de los conflictos contractuales en que se puedan ver involucrados prestadores de servicios públicos, en especial los domiciliarios.

3.3. CONTRATOS DE LOS OPERADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: AUSENCIA DE UNICIDAD JURÍDICA FRENTE AL CRITERIO LEGAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA

El tema de la jurisdicción competente para conocer controversias contractuales y determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados por un operador de S.P.D. no ha tenido durante su corta evolución, ningún rasgo de unicidad jurídica.

Si bien los temas relacionados con las controversias contractuales de los operadores de S.P.D. (específicamente los aspectos relacionados con el derecho aplicable y la jurisdicción competente) se han estudiado en forma conjunta, lo cierto es que no siempre existe coincidencia, pues un contrato puede regirse por el Derecho privado y su juez ser el administrativo, ya que, como lo cita MONTAÑA PLATA (2003: 581), "la principal característica del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia es su carácter mixto, es decir la inclusión de prescripciones propias del Derecho público y del Derecho privado".

La ausencia de unicidad jurídica frente a la materia se verifica frente al análisis de los propios textos legales: por una parte, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (antes de su modificación por parte del artículo 3 de la Ley 689 de 2001) establecía que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se rigen por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la misma Ley 142 de 1994, salvo que la norma disponga otra cosa. Lo anterior denotaba un criterio material del contrato en la medida en que se regían por Ley 80 de 1993, aquellos "que tengan como objeto la prestación del servicio", pero cuando se leía la remisión contenida en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, inexplicablemente se hacía mención a la aplicación del Derecho privado frente a contratos "que celebren establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal".

La Ley 446 de 1998 determinó como de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los conflictos contractuales de los operadores de servicios públicos domiciliarios, "cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio", criterio eminentemente material, no aplicable sino hasta la expedición de la Ley 954 de 2005, cuando la misma empezó a regir.

A su turno, la Ley 489 de 1998 (literal d., numeral 2 del artículo 38) estableció que las E.S.P. oficiales del nivel nacional integran el sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público, lo que condujo a la jurisprudencia a establecer que como las E.S.P. mixtas o privadas no eran parte de la estructura del Estado, sus conflictos se definían en la jurisdicción ordinaria.

El artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modifica el artículo 31 de la Ley 142 de 1992, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos a los que se refiere la citada ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la Ley 142 de 1994, dispusiera en contrario¹³.

La Ley 1107 de 2006 modifica el artículo 82 del C.C.A. y establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de

13 Determinó igualmente que: "Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. (...) PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. No obstante su claridad al asumir un criterio orgánico de competencia, advierte en su párrafo que: "se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001".

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estableció que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, los principios de la función administrativa y de gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Hablar de los contratos de los operadores de S.P.D. supone determinar distintas formas contractuales: el contrato de constitución de la E.S.P., que es un contrato societario regido bajo el Derecho privado, salvo los aspectos –ya tratados– que expresamente regula la Ley 142 de 1994; el contrato de condiciones uniformes, que es el que se celebra con los usuarios del servicio, marcadamente *ius publicista*; los contratos que celebren los operadores dentro del giro ordinario de su actividad que tiene el régimen común del Derecho privado, no obstante es viable que se incluyan cláusulas exorbitantes, lo que implicará la aplicación de la Ley 80 de 1993.

Otros contratos especiales, como el de concesión (solo para aguas y espectro electromagnético) o el que celebren los entes territoriales con E.S.P. con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, son contratos en los que existe plena aplicación de la Ley 80 de 1993.

Frente a los mecanismos de selección que tienen los operadores de S.P.D. en relación con sus propios contratistas, el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 establece:

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, **tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones.** En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

No pocas inquietudes sugiere el texto citado, ya que, como lo cita MONTAÑA PLATA (2003: 590), "podría hacer pensar en hipótesis que van desde la inclusión de la licitación pública en la contratación en los servicios públicos domicilia-

rios, hasta una simple licitación privada, pasando por la consideración o no de los principios de la contratación estatal o cuando menos el de la selección objetiva”.

Como se advierte en este breve recorrido, en algunos casos la legislación ha adoptado criterios materiales de aplicabilidad de la jurisdicción competente, a veces orgánicos, a veces materiales; en otros ha determinado expresamente la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993, y en otras oportunidades ha mantenido la regla general del Derecho privado, lo que denota la ausencia de criterios unificados, tanto en materia de jurisdicción competente para asumir los conflictos contractuales de las E.S.P., como del Derecho aplicable en su desarrollo. Igual lectura se advierte en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como pasará a verse.

3.4. JURISDICCIÓN COMPETENTE FRENTE A CONFLICTOS CONTRACTUALES DE LAS E.S.P.: PESQUISA JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA LEY 1437 DE 2011

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido ajena al debate relacionado con el conocimiento que se debe tener frente a conflictos contractuales relacionados que involucren a E.S.P.

La sentencia S-701 de 1997, –C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO– empieza a dar el debate en el entendido de que las empresas de S.P.D. se rigen por el Derecho privado en razón a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, lo que implica que el juez de las controversias es el ordinario. Dicha regla general excluye al contrato de condiciones uniformes (arts. 128 y ss. de la ley 142 de 1994), cuyo régimen jurídico es mixto –porque se rige por normas públicas y privadas–, siendo el juez de sus controversias el contencioso administrativo.

De la misma forma se excluyen del conocimiento del juez ordinario, los contratos que posean cláusulas exorbitantes y los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, ello es, el de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para el acceso al espectro electromagnético, que se rigen por el Derecho público y los conoce el Juez Contencioso Administrativo.

En sentencia de 12 de agosto de 1999 –C.P.: MARÍA HELENA GIRALDO– establece el Consejo de Estado que frente a la regla general de conocimiento de la justicia ordinaria respecto de los contratos celebrados por E.S.P. domiciliarios se consagró una excepción: “Esta es la del juzgamiento por la justicia contencioso administrativa de los contratos de las multicitadas empresas cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio. Sin embargo, esa excepción solo tuvo operancia hasta el día anterior a cuando entró a regir la ley 489 de 1998, 29 de diciembre, la cual estableció que se aplicará la Ley 142 de 1994 a todo lo que tenga que ver sobre los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. En la última normatividad citada se ordenó,

vuelve y se repite, la aplicación del párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a los contratos de servicios públicos domiciliarios".

En auto del 21 de junio de 2006, Exp. 28.886 –C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO–, estableció el Consejo de Estado que la justicia competente para conocer de una demanda contra el acto de adjudicación de un contrato de una empresa de S.P.D., era la ordinaria, porque la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo conoce de las actuaciones que se realizan en ejercicio de la "función administrativa", la cual no cumplen las empresas de S.P.D., incluidas las estatales:

En consecuencia ese ordenamiento jurídico es indicador claro de que las conductas que son de conocimiento de esta justicia deben estar relacionadas a la función administrativa (criterio material), salvo excepción legal, indistintamente que corresponda al Estado o a los particulares, pero en ejercicio de dicha función (subraya no es textual).

Lo anterior denotó la aplicabilidad del criterio material establecido en la Ley 446 de 1998, que solo pudo utilizarse hasta la expedición de la Ley 954 de 2005, no obstante para dicha fecha ya estaba vigente la Ley 489 de 1998.

Ya en vigencia de la Ley 1107 de 2006, el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de febrero de 2007 –C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO Exp. 30903–, determinó que la modificación del artículo 82 del C.C.A. realizada por la ley antes citada, implicó la consolidación y primacía de un criterio orgánico¹⁴ fundado en el cual es dable afirmar que todo conflicto contractual de un operador de S.P.D. con capital estatal superior a un 50% corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues:

Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la Ley 142 –modificado por el art. 18 de la Ley 689 de 2001 (...) el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como factor de distribución de competencias, al "criterio orgánico", donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado.

14 No se trata de un criterio único, pues como lo ha definido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: "No existió, pues, en el Código Contencioso Administrativo, un criterio único para la delimitación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria". Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. C.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO y LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación n.º 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887).

Contrario a lo que habría de suponerse, el establecimiento del criterio orgánico no condujo en realidad a la eliminación de las discusiones relacionadas frente a la competencia para conocer los conflictos contractuales de las prestadoras de S.P.D., ya que el párrafo del artículo 2 de la Ley 1107 de 2006 mantuvo la vigencia, "en materia de competencia", de la Ley 142 de 1994 (asunto que resuelve la postura mayoritaria de la sentencia de fecha 8 de febrero de 2007, en el entendido de que la norma se refiere al cobro ejecutivo de facturas de S.P.D.).

De hecho, el argumento del Consejo de Estado en la sentencia de 8 de febrero de 2007, donde equipara las E.S.P. mixtas a las Sociedades de Economía Mixta a efectos de dar aplicabilidad a la Ley 1107 de 2006, no resulta categórico: "El Consejo de Estado, aduce que las E.S.P. mixtas son una clase de SEM mixtas, interpretación ésta, que no puede ser procedente, dado que estas dos clases de entidades, no son equiparables, porque la naturaleza que las informa es diferente, y pese a que la potestad exclusiva de regular su tratamiento radica en cabeza del legislador, debemos empezar por decir, que dicha facultad proviene de una disposición constitucional diferente" (DAZA VALLEJOS, 2008: 18).

En el mismo sentido el salvamento de voto de la Dra. RUTH STELLA CORREA frente al pronunciamiento de 8 de febrero de 2007, mayoritario de la sección tercera del Consejo de Estado:

Si no es posible asimilar a las ESP mixtas con las sociedades de economía mixta, tampoco las consideraciones que se extrapolan de la Sentencia C 953 de 1999, en la providencia de la que me aparto, resultan aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarias mixtas.

En la sentencia C-953 de 1999 que cita el salvamento, la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad del artículo 97 inciso 2 de la Ley 489 de 1998 declarándolo inexecutable, determinando que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que concurren, forma una sociedad de economía mixta, que pertenece a la estructura del Estado.

CÁRDENAS MEJÍA (2011: 279) confirma, desde la doctrina, la discusión mencionada: "el esfuerzo simplificador de la Ley 1107 de 2006 no estuvo exento de dificultades. Así, por ejemplo, se continuó discutiendo la competencia de la jurisdicción en relación con los contratos de las empresas de servicios públicos, en razón de lo dispuesto por el párrafo del artículo 2 que estableció que "sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001".

3.5. JURISDICCIÓN COMPETENTE FRENTE A CONFLICTOS CONTRACTUALES DE OPERADORES DE S.P.D. EN LA LEY 1437 DE 2011

El anterior fue el criterio imperante hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011 que estableció en su artículo 104, numeral 3:

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 3. **Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.** (...) PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Si bien el n.º 3 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 pareciera limitar el conocimiento del conflicto contractual de las entidades prestadores de S.P.D. a aquellos casos en los que se han pactado cláusulas exorbitantes, en realidad se trata de una enumeración que complementa la enunciación hecha en el inciso primero de la norma citada; en efecto, el inciso 1 del artículo 104 *ibídem*, establece una enunciación de aplicación genérica frente a: (i) actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al Derecho Administrativo; (ii) actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones en los que estén involucradas las entidades públicas; (iii) actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones de particulares cuando ejerzan función administrativa. Dicho enunciado se complementa con los 7 numerales del artículo en cita¹⁵.

A diferencia del panorama imperante antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 (criterio orgánico), son 3 los criterios de determinación de competencias en la J.C.A. en el citado ordenamiento:

15 Ley 1437 de 2011. Art. 104. "DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer (...) Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno. 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública, e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado".

- Criterio positivo, según el cual son asuntos de competencia de la J.C.A. los establecidos en la Constitución (*v.g.* procesos de pérdida de investidura o acciones de nulidad por inconstitucionalidad expedidos por el gobierno que no correspondan a la Corte Constitucional) y en Ley Especial (*v.g.* acciones populares de Ley 472 de 1998 y acciones de repetición de Ley 678 de 2001).
- Criterio de sometimiento al Derecho Administrativo, donde pareciere suponer la norma que todo lo que supone intervención del Derecho Administrativo es del conocimiento de la J.C.A.: acto administrativo, contrato administrativo, hecho administrativo, omisión administrativa y operación administrativa, lo que en modo alguno descarta el que en algunas oportunidades el Juez Administrativo aplique normas de Derecho privado. CÁRDENAS MEJÍA (Ob. cit.: 282) establece que la norma no habla de asuntos sometidos al Derecho público, sino sometidos al Derecho Administrativo, a efectos de excluir asuntos que corresponden a la actividad legislativa y la judicial, lo que deja a salvo la expedición de determinados actos por parte de órganos judiciales o administrativos, "que no tienen el carácter de actos judiciales o de leyes, sino que están sujetos al Derecho Administrativo".
- Criterio orgánico frente a actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones en los que estén involucradas entidades públicas, entendiendo por tales, a todo órgano del Estado y sociedades y empresas con participación igual o superior al 50 % y de particulares cuando ejerzan función administrativa. Según el n.º 1 del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011, el criterio orgánico no aplica a los contratos (y responsabilidad extracontractual) de entidades públicas financieras, aseguradores o intermediarios de seguros o del mercado de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

Si bien el último de los citados criterios determina el ejercicio de la "función administrativa" como objeto de conocimiento de la J.C.A. cuando es ejercida por particulares, ello no responde a un criterio material, pues la norma se está refiriendo al "particular", como persona natural o jurídica que ostenta la función administrativa. No es la función (lo que se hace) la que determina el criterio, sino la personificación del particular que hace la función (quien la hace).

En la redacción del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 resultaba más coherente hablar de "función pública", en lugar de "función administrativa", pues el primer concepto es más llamado al control de la J.C.A. en razón a que implica imposición, potestad o autoridad materializada a través de órdenes, licencias, permisos, sentencias. Y si bien el concepto de función administrativa no es unívoco, no en pocas oportunidades se le ha identificado con el de "función ejecutiva": "la función administrativa es una de las funciones del poder público,

o sea, una clase de función pública, de modo que **el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva**, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política¹⁶.

El criterio de asignación positiva opera por sí mismo, es decir sin necesidad de que se le junte otro criterio distinto. Por el contrario, el de Derecho Administrativo y el orgánico operan en forma concurrencial: "Así las cosas, una causa es del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque: – En forma expresa la Constitución Política o la ley especial así lo ordenan, o – Reúne dos condiciones que han de concurrir simultáneamente: el origen de la controversia debe ser un acto, contrato hecho, operación u omisión sometido al Derecho Administrativo, y debe estar involucrada una entidad pública o un particular que ejerza funciones públicas" (ARBOLEDA PERDOMO, 2011: 165).

Ahora bien, si a los ojos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, entidad pública no solo es aquella creada en virtud a ley, reglamento, ordenanza departamental o acuerdo municipal, sino la que tiene aportes o participaciones estatales superiores al 50%, también cabría dar aplicación al n.º 2 del artículo en cita cuando establece que es competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de "2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, **en los que sea parte una entidad pública** o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado".

Ello implica el mantenimiento del criterio orgánico pero, aún más, determina la extensión a otros criterios como el del Derecho Administrativo o el de asignación positiva o legal de competencias. No existe, pues, restricción del criterio orgánico frente a contratos celebrados por cualquier entidad privada, pública o mixta que preste S.P.D. que incluyan o hayan debido incluir cláusulas exorbitantes (n.º 3 del art. 104 de la Ley 1437 de 2011), sino, por el contrario, extensión a cualquier contrato en el que participe una entidad prestadora de S.P.D. con aporte estatal superior al 50%.

Las conclusiones plasmadas en este texto en modo alguno suponen la terminación de un debate, sino, por el contrario, determinan la apertura de nuevas discusiones que, con todo, no pueden seguirse tratando exclusivamente a partir de concepciones teóricas superadas (MONTAÑA PLATA, 2004: 334), sino a partir de nuevas realidades y de los recónditos análisis que generará en la comunidad jurídica de Derecho Administrativo, el texto de la Ley 1437 de 2011.

16 Consejo de Estado. 1 de noviembre de 2007. Rad: 25000-23-24-000-2000-0772-01.

4. CONCLUSIONES

- La Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.C.A., determinó la consolidación de un criterio orgánico fundado en el cual es dable afirmar que todo conflicto contractual de un operador de S.P.D. con capital estatal superior a un 50% corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Ley 1437 de 2011 mantuvo el criterio orgánico frente a actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones en los que estén involucradas las entidades públicas entendiendo por tales a todo órgano del Estado y sociedades y empresas con participación igual o superior al 50% y de particulares cuando ejerzan función administrativa.
- El criterio orgánico establecido en la Ley 1437 de 2001 no es único: a la par de éste se establecen el criterio positivo (según el cual son asuntos de competencia de la J.C.A. los establecidos en la Constitución y la ley) y el criterio de sometimiento al Derecho Administrativo (donde todo lo que supone intervención del Derecho Administrativo es del conocimiento de la J.C.A.). La determinación legislativa fue necesariamente influida por el cambio de concepción de lo que puede entenderse como "servicio público" y la integración de elementos novedoso en su construcción, como el derecho de la competencia económica y la libertad de entrada, pues solo posibilita la participación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando en la actividad comercial de prestación de S.P.D. se hace necesaria la intervención del Derecho Administrativo.
- No existe restricción del criterio orgánico frente a contratos celebrados por cualquier entidad privada, pública o mixta que preste S.P.D. que incluyan o hayan debido incluir cláusulas exorbitantes (n.º 3 del art. 104 de la Ley 1437 de 2011), sino extensión del control a cualquier contrato en el que participe una entidad prestadora de S.P.D. con aporte estatal superior al 50%, con independencia a que el contrato tenga o no cláusulas exorbitantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CASALLAS, LEONARDO (2003). "Los Actos y Prerrogativas de los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios", en III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: "Las reformas a la Constitución Política. El Derecho Administrativo de los Servicios Públicos". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARBOLEDA PERDOMO, ENRIQUE JOSÉ (2011). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Fundación de Estudios de la Regulación.

ATEHÓRTUA RÍOS, CARLOS ALBERTO (2001). "Mutaciones en el Derecho Administrativo Colombiano", en AA.VV. Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ATEHÓRTUA RÍOS, CARLOS ALBERTO (2006). *Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ATEHÓRTUA RÍOS, CARLOS ALBERTO (1998). *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO (2011). "El objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en AA.VV. Memorias. Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

CASSAGNE, CARLOS (2002). "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en *RAP*, n.º 157, enero-abril de 2002 (CEPC), Madrid.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de octubre 23 de 1997.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 1996. M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-815 de agosto 2 de 2001. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 1997.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 1999.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-953 de 1999

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. C.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación n.º 25000-23-24-000-2003-00571-02.

Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil cinco (2005). Radicación n.º 25000-23-25-000-2004-01617-01(AC)DM.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. C.P.: Rafael E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. 1 de noviembre de 2007. Rad. 25000-23-24-000-2000-00772-01.

Colombia. Consejo de Estado. Sentencia ACU-1016. 18 de noviembre de 1999.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D. C., febrero ocho (8) de dos mil siete (2007). Radicación n.º 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. C.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO y LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación n.º 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887).

CLAVERO ARÉVALO M.F. (1962). "Personalidad Jurídica, Derecho general y Derecho singular en la administraciones públicas", en SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente*. RAP n.º 51. Madrid.

CORREA HENAO, MAGDALENA (s.f.). "Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del tribunal constitucional español", en *Revista de Jurisprudencia Administrativa* n.º 2. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. www.uexternado.edu.co

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL (1995). "Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos", en *Workingpaper* n.º 24. Madrid. La laguna. 1995.www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP24

DAZA VALLEJOS, DIANA CAROLINA (2008). "Jurisdicción Competente para conocer de las Controversias Contractuales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas", en *Revista ViaInveniendi et Iudicandi*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino, n.º 6. Junio de 2008.

DROMI, ROBERTO (2004). *Derecho Administrativo*. 10ª ed. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina.

DROMI, ROBERTO (2003). *Sistemas y valores administrativos*". Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (1989). *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid: Civitas.

GARRIDO FALLA, FERNANDO (1991). *Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española*, t. I. Madrid: Instituto de estudios económicos.

JEZE, GASTON (1925). *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Desalma.

JULIO ESTRADA, ALEXEI (2003). En *Teorías jurídicas y económicas de Estado*. AA.VV. CUEVAS, HOMERO (dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JULIO ESTRADA, ALEXEI (2004). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución Colombiana de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- JULIO ESTRADA, ALEXEI (2002). En *Revista Virtual de Jurisprudencia Administrativa* n.º 2. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, mayo de 2002. www.uniexternado.edu.co
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN (s.f.). "Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente", en *RAP* n.º 51.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN (1996). *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*. Madrid: Civitas.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN (1988). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: La Ley.
- MATÍAS CAMARGO, SERGIO ROBERTO y otros (2001). *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia. Análisis Socio Jurídico*. Bogotá: Universidad Libre-Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.
- MATILLA CORREA, ANDRY (2008). "Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos de una perspectiva histórica", en *Revista Trilogía* n.º 7, agosto 2008. Id. vLex: VLEX-43099493.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (2002). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (s.f.). "Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991", en *Revista de Jurisprudencia Administrativa* n.º 2. Departamento de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. www.uexternado.edu.co
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (2003). "Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Junio de 2003.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (2003a). "El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación", en AA.VV. *Memorias. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (2004). "Los servicios públicos domiciliarios como instrumento del Estado Social de Derecho. Desarrollo Jurisprudencial", en AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional*. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coor.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- MORENO, LUIS FERNEY (2001). *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (2001). "La Competencia y los Servicios Públicos", en AA.VV. *Actualidad Jurídica en Servicios Públicos*. t. IV. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El derecho de los Servicios Públicos*. Bogotá: Derecho Vigente.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999a). *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Derecho Vigente.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2003). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel.
- PENAGOS, GUSTAVO (1989). *Empresas Estatales*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- RIVERO, JEAN (1968). *Droit administrative*. París: Dalloz. Tercera edición.
- RODRÍGUEZ CHIRILLO, EDUARDO (1995). *Privatización de la Empresa Pública y Postprivatización*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO; PACHECO DE LEÓN, HUGO; OBREGÓN GONZÁLEZ, GUILLERMO y ALVARADO RINCÓN, YESID (2001). "Del carácter singular del Derecho de la Competencia en los servicios públicos domiciliarios", en AA.VV. *Actualidad Jurídica en Servicios Públicos*. t. IV. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR (2001). "El modelo económico en la Constitución de 1991", en AA.VV. *Revista Derecho el Estado* n.º 11, diciembre de 2001. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR (2003). "La reserva de servicios públicos a favor del Estado: ¿Vestigio de la teoría clásica de la Escuela de Burdeos en el ordenamiento constitucional colombiano?", en AA.VV. III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Agosto de 2003. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2004). *Tratado de Derecho Administrativo. Conventicioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- URIBE, EVA MARÍA (2001). "Eficiencia en la prestación de Servicios Públicos", en AA.VV. *Colección de Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra*. t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VEDEL, GOERGES (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar.

VILLAR PALASI, J. L. (1950). "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", en *RAP*.

VILLAR PALASI, J. L. (1994). *Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*. t. 1. Madrid: Civitas.

