

# El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios

CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS

En la transformación del sector de los servicios públicos domiciliarios que ha abandonado su forma de gestión tradicional, al pasar del monopolio estatal al régimen de competencia entre proveedores estatales, mixtos y privados, ha encontrado en el tema del control uno de los obstáculos más difíciles de superar para que los proveedores puedan llegar a competir en verdaderas condiciones de igualdad.

La tarea que debe abordarse es la de construir una nueva razonabilidad en los controles, en especial de los ejercidos sobre entidades estatales, para que los organismos de control sin abandonar la función constitucional que les corresponde, permitan a las entidades controladas competir en condiciones de igualdad, frente a proveedores mixtos y privados.

Esta nueva razonabilidad debe partir de la definición clara de cuál es el interés que tiene el Estado al mantener empresas estatales compitiendo con particulares en un escenario de competencia, pues si su interés es dedicarse a la explotación económica con fines lucrativos para optimizar la redistribución de excedentes públicos, las empresas estatales no sólo deben someter-

se en su gestión al régimen del derecho común, sino que además, la orientación de los controles debe ser asimilado al propio de las actividades privadas.

## I. ANOTACIONES GENERALES

Un tema que merece un capítulo aparte en este análisis es el relativo a los controles ejercidos sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sus servidores, los bienes que administran y los actos que pueden expedir<sup>1</sup>. Aunque en Colombia los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por las comunidades organizadas o por los particulares, en todos los casos su dirección, *control y vigilancia* está a cargo del Estado<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta que los controles no se ejercen exactamente de la misma forma sobre todos los proveedores de servicios públicos, sus servidores o los actos que realizan, es importante inicialmente resaltar tres aspectos relevantes:

En primer lugar, existen algunos controles que deben ejercerse sobre la totalidad de los prestadores de servicios públicos, se trata de controles que están asociados con

las actividades que realizan las empresas, independientemente de su naturaleza jurídica. Estos controles buscan garantizar la eficiencia en la gestión, el ejercicio de las actividades dentro del marco de la libre y leal competencia, y la protección de los usuarios. Algunos de ellos son: (1) el ejercido por la policía administrativa a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>3</sup>, (2) el control ciudadano, (3) el control de legalidad, (4) el control disciplinario<sup>4</sup> y (5) el control penal, siempre y cuando los tres últimos estén asociados al ejercicio de funciones públicas.

En segundo lugar, existen controles que se ejercen en forma diferente sobre los operadores, dependiendo de la naturaleza jurídica específica propia de cada uno de ellos, como son: (1) el Control Político, (2) el control fiscal, (3) el control disciplinario derivado de relaciones laborales<sup>5</sup>, (4) la auditoría externa y (5) el control interno. Si bien, estos controles debieran ejercerse de la misma manera sobre la totalidad de los prestadores, para que la competencia se desarrolle en condiciones de igualdad, la realidad jurídica actual es que por la naturaleza jurídica de los proveedores, estos controles se ejercen en forma diferente, hasta el punto que en algunos casos particulares, esa diferencia podría considerarse razonable.

En tercer lugar, es preciso tener en cuenta que las mutaciones del derecho administrativo en el campo de los servicios públicos, han determinado que operadores privados puedan ejercer competencias antes consideradas propias de las autoridades del Estado, y en consecuencia deben sujetarse a los controles propios de la actividad Estatal. Así, los particulares que prestan servicios públicos pueden en algunos casos

cumplir funciones públicas<sup>6</sup>, expedir actos administrativos<sup>7</sup>, ejercer dominio público<sup>8</sup> y administrar bienes del Estado<sup>9</sup>. En todos estos casos, las personas o los actos de las mismas son objeto de controles propios de la administración pública.

Así como en otros ámbitos del derecho, en el del control ha surgido un nuevo escenario: el de lo "público"<sup>10</sup>. En el ámbito de lo público, los controles deben ejercerse sobre los proveedores de servicios públicos, independientemente de su naturaleza jurídica. Los particulares que prestan servicios públicos, se someten a controles de derecho público entre otros, en los siguientes casos:

1. Cuando expiden actos o ejercen potestades públicas, especialmente, en los casos de relaciones con los usuarios.
2. Cuando el proveedor administra recursos estatales, como aportes, participaciones o contribuciones.
3. Cuando el proveedor ejerce actividades derivadas del dominio público, como las asociadas a la construcción y a la administración de redes y otros bienes afectados al servicio público.

## II. ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL

En el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, uno de los temas esenciales se relaciona con los controles que deben ejercerse sobre las empresas, sus servidores y sus actos. Este tema se encuentra orientado hacia la responsabilidad social del Estado, a la protección de los usuarios<sup>11</sup> y en muchos casos, a la administración de recursos públicos y de los recursos estatales<sup>12</sup> destinados a la prestación de los servicios.

En el paso del monopolio a la competencia, la transformación de las formas como se ejercen los controles públicos constituyen un verdadero reto que los organismos de control y los prestadores de servicios deben afrontar, puesto que mientras los servicios públicos se prestaron en monopolio estatal, estuvieron sometidos a las reglas propias de derecho público convencional y a controles formales con carácter numérico legal; pero, esta forma de control no es adecuada a las nuevas realidades que se encuentran determinadas por la función social del Estado, la exigencia de altos niveles de eficiencia en la gestión y la competitividad.

El nuevo entorno de liberalización<sup>13</sup>, exige variar la orientación de los controles y el núcleo de los mismos para dirigirlos esencialmente a la gestión y a los resultados, con el fin de obtener una prestación de los servicios públicos por parte del Estado, por las comunidades organizadas o por los particulares, en forma eficiente a la totalidad de los miembros de la población, tal como lo ordena el inciso primero del artículo 365 de la Carta Política<sup>14</sup>.

La igualdad que se requiere para que los servicios públicos se presten en un escenario de libre competencia, implica que las entidades estatales se deben someter a reglas y criterios de evaluación similares a los aplicados a los proveedores privados. Esto significa, que en muchos casos, agentes privados deberán someterse a reglas que antes sólo eran aplicables a agentes estatales<sup>15</sup>, y a la inversa, que el Estado esté sometido a criterios de gestión y evaluación propios de la administración privada.

La igualdad que se predica del control, debe aplicarse esencialmente a la gestión de los servicios y al tratamiento a los usuarios. Además, debe posibilitar que los servidores

de empresas del Estado sean evaluados con herramientas similares a las utilizadas en la gestión privada, de lo contrario, se impone una barrera casi infranqueable a la igualdad entre los competidores<sup>16</sup>.

En la gestión de los servicios públicos, el Estado puede adoptar diferentes decisiones de política pública o económica, desde el monopolio estatal hasta el fomento de la libre iniciativa privada sin participación del Estado. Pero, si se decide que el Estado entre a competir a través de sus empresas con los particulares, debe dotársele de instrumentos que permitan concurrir en condiciones de igualdad con los otros agentes en el mercado. Si se proporciona al Estado ventajas o desventajas significativas para su gestión empresarial, la competencia no será posible o al menos, no será entre iguales.

El hecho de que el Estado compita con los particulares y que tanto en el manejo de sus bienes y recursos, como en lo relativo a sus actos y contratos se sujete a reglas propias del derecho común, no significa que deje de ser Estado. Esto significa, que las personas que actúan en nombre del Estado, deben asimilar sus responsabilidades patrimoniales a las que tienen los administradores y mandatarios que actúan en nombre de otros, en el sector privado. Es impropio afirmar, que las responsabilidades de los agentes estatales al asimilarse a las de los particulares, han dejado de existir. Por el contrario, se reafirman en condiciones de administrador de bienes ajenos para el caso "bienes estatales".

Diferente a lo que sucede con la responsabilidad por la gestión patrimonial de los agentes basada en el derecho civil y comercial, debe suceder con las responsabilidades disciplinarias, penales y las derivadas del ejercicio de la policía administrativa. Los

agentes estatales y los particulares que ejercen funciones públicas, deben asimilar a la luz del derecho público, sus responsabilidades, pues el objeto de tutela es el mismo para todos los proveedores de servicios, que en este caso deben mirarse bajo la óptica del interés público o social.

Cuando el control se ejerce con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales a que están obligados los operadores<sup>17</sup> y cuando lo que se tutela son derechos de los usuarios que están en condiciones de desventaja frente al operador<sup>18</sup>, el criterio a seguirse en materia de responsabilidad debe derivar del derecho público, independientemente de la naturaleza jurídica que adopte el prestador.

Lo importante en este aspecto, es someter en el sector de los servicios públicos a los operadores públicos y privados a un régimen asimilable para que no existan ventajas o desventajas injustificadas en este campo, ni para los administradores estatales cuando se asume la competencia, ni para los proveedores privados.

No puede olvidarse que estamos en presencia de servicios públicos prestados por los agentes, que independientemente de su naturaleza jurídica, tienen posición dominante frente a sus usuarios y que estos últimos deben tener en todos los casos una protección especial por parte del Estado.

Balancear los sistemas de control para que operadores públicos y privados concurren en condiciones de igualdad, es apenas una tarea en construcción. Implicará sustanciales modificaciones en los controles convencionales actuales sobre los proveedores de servicios tanto estatales, como mixtos y privados.

Para progresar en esta tarea, es innegable que la legislación, la administración y

la jurisprudencia, deberán hacer importantes transformaciones. Sin duda es notorio el avance en ese sentido y lo adelantado no es despreciable.

Antes de adentrarnos en el análisis detallado del sistema de controles, que conforme a la Constitución y la ley se ejercen sobre los operadores de los servicios públicos domiciliarios y sus actuaciones dirigidas al cumplimiento de su objeto, se impone una visión general del tema de acuerdo con los siguientes lineamientos generales.

### III. LA FUNCIÓN DE CONTROL EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ESTÁ RESERVADO AL ESTADO

Si bien, Colombia se ha inscrito en el proceso de apertura y liberalización de los servicios públicos, que eliminó la existencia de monopolios estatales y que ha permitido su prestación por parte del propio Estado en gestión directa e indirecta, por las comunidades organizadas y por los particulares; las funciones de regulación, control y vigilancia en la prestación de los servicios constitucionalmente se ha reservado al Estado<sup>19</sup>, esto impide que el Estado renuncie al ejercicio de la función de control y la entregue libremente a los particulares.

### IV. EL CONTROL SOBRE LOS PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Los controles en el sector de los servicios públicos domiciliarios se predicen especialmente en relación con los prestadores de servicios en las relaciones que tienen con sus usuarios, con otros proveedores y en

relación con la administración de bienes del Estado o provenientes del público. Fundamentalmente, los controles se activan en relación con la posibilidad que tienen los proveedores de servicios de ejercer funciones públicas, dominio público y administrar bienes del Estado.

Cuando se trata de proveedores de servicios de naturaleza privada y mixta, los controles son mediatizados y sólo referidos a los aspectos públicos de la actividad, se repite; al ejercicio de funciones o potestades públicas, en materia fiscal a la administración o manejo de bienes del Estado y en relación con la policía administrativa a la gestión de sus bienes que estén afectados al servicio público.

#### V. LAS FUNCIONES DE REGULACIÓN Y CONTROL DEBEN SER SEPARADAS

Manteniendo distinciones propias de los estados democráticos de derecho, quien hace el derecho por vía general o particular no debe ejercer funciones sancionatorias, ni judiciales. Las funciones regulatorias en sentido amplio, son de creación de derecho por vía reglamentaria o por vía particular<sup>20</sup>, y no son funciones propiamente de control. Las funciones de control deben ser ejercidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, bien en protección de la competencia como de los usuarios.

Se viola la separación entre estas dos funciones en los casos en que las Comisiones de Regulación ampliado el ámbito de sus competencias intervienen en asuntos propios de los entes de control, como también en aquellos casos en los que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios decide actuar por vía de dis-

posición general o expedir actos de contenido regulatorio.

#### VI. LOS CONFLICTOS DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA SON DIFERENTES DE LOS JURISDICCIONALES

Dirimir conflictos es propio de las funciones jurisdiccionales del Estado. No obstante, por la necesidad de la inmediatez, para garantizar la correcta prestación del servicio, su continuidad, para proteger a determinados usuarios, la competencia, para mantener las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciarse un conflicto, deben entregarse funciones de "solución de conflictos en instancia administrativa" a autoridades que jurídicamente deben ser las de policía, sin embargo, la Ley 142 de 1994 las asignó a las Comisiones de Regulación.

Esta competencia que es diferente de la judicial, debe limitarse a los fines de la ley y no podría ampliarse para convertir a las Comisiones de Regulación en jueces del sector. Para ello, no sólo se requiere mandato de la ley sino que además, la estructura del modelo colombiano, donde el juez no participa en la producción del derecho por vía general y además debe ser independiente y neutral, no es la adecuada<sup>21</sup>.

#### VII. LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EJERCE FUNCIONES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA

Por mandato constitucional, uno de los controles de mayor espectro como policía administrativa en el sector de los servicios públicos domiciliarios, corresponde al Presidente de la República, quien debe ejercerlo a través de la Superintendencia de

Servicios Públicos Domiciliarios<sup>22</sup> y que debe (1) garantizar la eficiente prestación de los servicios; (2) proteger a los usuarios y (3) asegurar que la competencia se desarrolle en condiciones de igualdad y lealtad<sup>23</sup>.

#### VIII. LOS CONTROLES Y SU OBJETO DE TUTELA

Sobre las empresas de servicios públicos se ejercen controles de policía administrativa, legalidad, disciplinarios, fiscales, de gestión y resultados, tutela administrativa, societarios, penales, ciudadanos, ... los que sólo justifican administrativa y socialmente su existencia en la medida en que tengan un objeto jurídico de tutela diferentes y que sea meritorio proteger.

*El control político*, se dirige a determinar la oportunidad y la conveniencia con la que se ha actuado en el sector de los servicios públicos. Se trata, fundamental pero no exclusivamente, de un control de segundo orden, pues se ejerce a través de quienes son los responsables de la política sectorial<sup>24</sup> y no propiamente sobre los operadores. Las empresas de servicios públicos no necesariamente pertenecen a la administración, pueden ser de un orden diferente al del organismo que ejerce el control o ni siquiera hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, en el sector central o descentralizado<sup>25</sup>. En este caso, en relación con los operadores, debe distinguirse entre los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado y los de las empresas de servicios públicos oficiales, que son entidades descentralizadas y pertenecen al Estado, y las empresas de servicios públicos mixtas y con participación del Estado. Las primeras son objeto de control político por

el Congreso, las Asambleas o los Concejos según el orden al que pertenezcan. En cambio, en las segundas el control político sólo se ejerce en forma indirecta a través de la entidad que ha realizado el aporte<sup>26</sup>.

*El control de legalidad*, en este caso su ejercicio corresponde normalmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no tiene como objeto de tutela el análisis de la oportunidad y la conveniencia de los actos de los operadores, sino establecer si los mismos, se han expedido con sujeción a las normas jurídicas en las que deben fundarse. También se ejerce control de legalidad a través de las acciones de tutela, cumplimiento, popular y de grupo.

*El control fiscal*, está dirigido a controlar la gestión fiscal financiera de la administración y de los particulares que administren bienes del Estado. Tiene un carácter esencialmente indemnizatorio patrimonial y su objeto se ha centralizado en garantizar la correcta inversión del patrimonio público para que no resulte afectado<sup>27</sup>. Este control, que inicialmente incluía la posibilidad de imponer sanciones derivadas de la gestión ineficiente, ha modificado su alcance a partir de la doctrina constitucional fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-484 de 2000 que establece, en ningún caso las competencias de las Contralorías son sancionatorias o punitivas, su labor debe concentrarse en lo patrimonial.

*El control jurídico penal*, trasciende la esfera de los controles administrativos ordinarios y procede en los casos en que los servidores de la empresa incurren en hechos calificados como punibles en el ordenamiento jurídico colombiano. En esta materia, es importante resaltar que cuando los operadores mixtos o privados cumplen funciones públicas a través de sus administra-

dores y en esos casos, y sólo en ellos, se asimilan a servidores públicos de conformidad con la ley penal colombiana.

*El control de tutela administrativa*, es el que ordinariamente se ejerce en la administración, sobre los actos de gestión que adelanta la empresa y que se realiza por parte de los miembros de la junta directiva o a través de las entidades que participan del capital de la misma. Este control es de mucha importancia en el caso de las empresas de servicios públicos, donde el Estado tiene participaciones o aportes, pues normalmente, por no tratarse de entidades adscritas o vinculadas a la administración pública, la forma mediata de realizar control sobre los mismos, es a través de los representantes de la entidad estatal aportante, que actúan en su junta directiva<sup>28</sup>.

*El control disciplinario*, esta modalidad de control en la actualidad tiene dos vías. De un lado, el control disciplinario ordinario o tradicional que está dirigido a garantizar el orden interno, la moralidad y eficiencia de la administración que se ejerce dentro del ámbito propio de las relaciones laborales. En segundo lugar, el control disciplinario asociado al ejercicio de funciones públicas donde no es el orden interno de las empresas lo que se protege, sino la moralidad y sujeción a normas del servicio<sup>29</sup>.

*El control de gestión y resultados*, es un control que tiene dos órdenes. El primero se ejerce a través de los sistemas de control interno y el segundo, a través de otros organismos de control en especial de las auditorías externas y de las contralorías. Este control trasciende el puramente formal de legalidad y está dirigido a la evaluación de la gestión de la empresa, lo que se asocia a la vigilancia permanente del cumplimiento de sus planes, metas y objetivos,

y la sujeción a los indicadores establecidos por las Comisiones de Regulación. Esta modalidad de control cobra mayor importancia cuando las empresas se desarrollan en escenarios monopólicos, pues uno de los mecanismos más indicados para establecer si están o no trasladando ineficiencias a sus usuarios, deriva de su sujeción a los indicadores de eficiencia, calidad, continuidad, atención al usuario y otros similares.

*El control ciudadano*, también se ejerce por dos vías. De un lado, por los comités de desarrollo y control social sobre las empresas, que en los términos del artículo 62 y siguientes de la Ley 142 de 1994, cumplen una función esencialmente proactiva. Por otro lado, a través de las veedurías ciudadanas, ejecutando en forma integral la vigilancia sobre la empresa desde la perspectiva del usuario<sup>30</sup>. Existen otras modalidades de control ciudadano que se realizan en forma individual ante la entidad, como son las asociadas a la formulación de peticiones, quejas, recursos y reclamos.

## IX. EL CONTROL SOBRE EL SERVICIO Y EL CONTROL SOBRE LOS AGENTES

La evaluación y aplicación de sistemas de control sobre la prestación de los servicios públicos debe ser la misma con independencia del agente que preste el servicio, los planes de expansión, las cargas de servicio universal, el cumplimiento de deberes sociales de los operadores, la sujeción al régimen de tarifas y al de contribuciones y subsidios. Debe ser idéntico, independientemente del origen del capital de la empresa.

Pero, los controles que la empresa o los organismos de control ejercen frente a los servidores de la empresa y sus bienes, son diferentes de acuerdo con la naturaleza jurí-

dica del proveedor. No son los mismos controles disciplinarios ejercidos en una empresa privada o mixta sobre sus trabajadores sometidos al régimen laboral ordinario del Código Sustantivo del Trabajo, que los ejecutados en una empresa industrial y comercial del Estado, donde los servidores como regla general son trabajadores oficiales.

Si la protección especial, en estos casos es al servicio, y si se quieren tener condiciones reales de igualdad entre los diferentes operadores de servicios públicos, una de las tareas urgentes es la de unificar al máximo posible, el régimen aplicable a la totalidad de agentes que intervienen en el sector, tanto en relación con las prerrogativas que pueden ejercer<sup>31</sup> como a sus restricciones, controles y responsabilidades.

#### X. RESPONSABILIDADES PATRIMONIALES EN LA GESTIÓN DEL SERVICIO

Los servicios públicos deben ser prestados en condiciones de alta eficiencia como buena calidad, continuidad, cantidad, tarifas adecuadas y buen trato a los usuarios. La empresa está obligada a reconocer los derechos del usuario. En el caso de empresas prestadoras del servicio que incurran en fallas, ineficiencias o perjuicios patrimoniales a sus usuarios, están en la obligación de responder por los mismos, independientemente de si las fallas se han originado o no por culpa de los agentes a su servicio. El único eximente de la responsabilidad es la fuerza mayor o el caso fortuito en los términos del artículo 137 de la Ley 142 de 1994<sup>32</sup>.

#### XI. LAS COMPETENCIAS SANCIONATORIAS O PUNITIVAS EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS

A diferencia de la responsabilidad empresarial frente a los usuarios, la responsabilidad de los agentes frente a la empresa es de carácter subjetivo y por lo tanto, debe proceder solo en los casos en que se ha actuado con culpa grave o dolo y en los que se tomen en consideración las condiciones concretas en las que intervienen los diferentes agentes. Esto es predicable especialmente de las responsabilidades políticas, disciplinarias, fiscales y penales.

Es preciso entonces trazar una línea divisoria clara entre las responsabilidades por la falla del servicio que se predica del prestador frente a los usuarios de los servicios y las responsabilidades personales de los agentes frente a los proveedores, la cual se estructura bajo el principio de la culpa y daño, es decir, tomando en cuenta componentes eminentemente subjetivos<sup>33</sup>.

#### XII. TODA FUNCIÓN EJERCIDA EN DESARROLLO DE AUTORIDAD PÚBLICA O ESTATAL ES REGLADA<sup>34</sup>

El principio de función reglada es propio de los estados de derecho, y consiste en que toda autoridad solo puede ejercer las funciones que se le han asignado en las leyes y reglamentos y que sus competencias son expresas e improrrogables. De esta manera, dentro del ámbito de los controles se determina el radio de acción propio de cada organismo.

En consecuencia, es necesario que los organismos y autoridades que ejercen funciones de control lo hagan dentro de los límites asignados por la Constitución y la



ley, para no invadir las órbitas de competencia asignada a otros organismos y además, para evitar el exceso o abuso en el ejercicio de sus funciones o incurrir en desviación de poder.

Cada organismo de control debe tener claridad plena de cuál es su objeto de tutela, con el fin de poder ejercer en forma adecuada la función que institucionalmente se le ha asignado. Se hace referencia, especialmente a los organismos que ejercen control político y fiscal porque la amplitud asumida bajo esta modalidad, en algunas oportunidades, motiva el incumplimiento de las funciones asignadas o invade las propias de otros entes de control.

### XIII. LA SUJECIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL AL DEBIDO PROCESO

Además de ser reglada la función que desarrollan los organismos de control, en todos los casos debe estar sometida al cumplimiento de la garantía constitucional, de sujeción al debido proceso en los términos fijados en el artículo 29 de la Carta Política, el cual incluye la sujeción al principio de la legalidad de las faltas, el juez natural, las formas propias de cada juicio, el non bis in ídem y el derecho a la defensa, entre otros.

Ningún organismo de control tiene competencias para imponer sanciones de plano y sin sujeción a las formas que la ley impone. En los casos en que se actúa en violación del principio señalado, la sanción que se imponga será susceptible de ser anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>35</sup>.

### XIV. LOS CONTROLES ESPECÍFICOS QUE SE EJERCEN SOBRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

No obstante que el tema del control es general y rebasa notoriamente el ámbito de los servicios públicos, existen un conjunto de normas, orientaciones y principios que hacen que este tema tenga connotaciones y orientaciones que en algunos casos son específicas para el sector de los servicios públicos, o que no siéndolo, le hacen producir efectos de trascendencia y en consecuencia deben estudiarse en forma separada.

#### A. Controles que se ejercen sobre todos los operadores con independencia de su naturaleza jurídica

Como se ha afirmado, no todos los controles sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sobre sus actos, se ejercen de la misma manera, ni tienen la misma intensidad, independientemente del prestador de los servicios. Aunque con la expedición de la Ley 142 de 1994, se pretendió que todos los operadores actuaran en pie de igualdad con control asimilable, la realidad es que en su aplicación se ha encontrado que sólo algunos pueden ejercerse de forma semejante. Estos son los relativos a la protección de los usuarios y de la libre leal competencia. Por el contrario, los controles relativos a la actividad que realizan los prestadores se ejercen de acuerdo con la naturaleza jurídica del proveedor de los servicios. Tampoco se ejecuta de la misma manera el control político sobre una empresa industrial y comercial del Estado, que sobre una empresa privada o mixta, ni la auditoria externa de una gran empresa privada se asemeja a la de un pequeño municipio.

La evolución del tema del control de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia ha sido notoria, y ello se refleja en los nuevos alcances que han tenido el control disciplinario, fiscal, interno y de legalidad, entre otros. No obstante, falta mucho aún para llegar a la aceptación de los mismos parámetros en el ejercicio del control sobre la actividad estatal que sobre la actividad privada. Cuando los particulares y el Estado prestan servicios públicos en competencia y en escenario de igualdad, uno de los instrumentos básicos que permite predicar una igualdad real y no puramente formal, es la de asumir las mismas cargas, ser evaluados y controlados en forma similar. Sin esta igualdad, algunos proveedores de servicios quedan en franca desventaja, como ocurre con los operadores estatales.

Algunos hitos que permiten ver claramente la evolución del tema del control, son los siguientes:

– En materia de control fiscal, se ejerce sobre las entidades estatales y sobre los particulares que administran recursos públicos, sin importar su procedencia directa del Estado. En tal sentido, son notorios los avances de la doctrina constitucional consignada en las sentencias C-167 de 1995<sup>36</sup> y C-290 de 2002<sup>37</sup>.

– En materia de control de legalidad, sobre los actos administrativos que sean expedidos por los particulares y sobre las competencias que la ley les reconoce a los particulares que prestan servicios públicos, también la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de hacer doctrina constitucional sobre el tema, en especial en las sentencias C-263 de 1996<sup>38</sup> y C-558 de 2001<sup>39</sup>.

– En relación con el ejercicio de competencias asociadas de policía administrativa, la

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le permite ejercer control sobre los actos de los proveedores de servicios, tanto estatales como mixtos y particulares, la H. Corte Constitucional en sentencia C-263 de 1996, ratificó la posibilidad de que el organismo de control revoque los actos expedidos por todo tipo de proveedores, cuando a su juicio, se han desconocido los derechos de los usuarios<sup>40</sup>.

– En relación con las competencias en materia disciplinaria, se ha experimentado una importante evolución, al hacer trascender este tipo de control de la mera esfera laboral administrativa y del orden interno de la administración, a la totalidad del sector de los servicios públicos en los casos en que los proveedores de servicios cumplen funciones públicas, tal como ha quedado consignado en la sentencia C-037 de 2003<sup>41</sup>.

#### XV. LA POLICÍA ADMINISTRATIVA QUE EJERCE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Iniciaremos por el análisis del control de policía administrativa, ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de manera independiente del prestador de los mismos.

Una de las novedades de la Constitución de 1991, fue la de crear con rango constitucional, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que es la policía administrativa del sector de los servicios y que actúa en ejercicio de funciones presidenciales tal como lo establece el artículo 370 de la Carta Política, el cual establece:

Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y

control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

En desarrollo de lo dispuesto en la norma constitucional, las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001 e inicialmente el Decreto 548 de 1995 y luego el Decreto 990 de 2002 han reglamentado el funcionamiento de la superintendencia entregándole en general tres tipos de funciones: Unas, en control a la eficiencia de la gestión empresarial. Otras, referidas a la protección de los usuarios. Y finalmente, un tercer tipo, relativas al control de las conductas entre los prestadores de los servicios que puedan resultar violatorias de las normas en materia de competencia.

Dentro del régimen vigente, es que la ley ha querido centrar el control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los tres aspectos anotados, sólo con relación a las actividades sometidas al régimen de la Ley 142 de 1994, generando una confusión de competencias en el caso donde intervienen varios prestadores de servicios o un prestador de varios servicios.

Las funciones de control de la Superintendencia son las propias de la policía administrativa y no de control disciplinario sobre operadores. Mucho menos, puede deducirse, el ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional de control para dirimir los conflictos presentados entre los operadores.

Los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado y por lo tanto, éste debe intervenir de diferentes maneras para garantizar su adecuada prestación. Una de ellas consiste en el ejercicio de funciones de control policivo para lograr que

los servicios sean prestados en las condiciones previstas en la ley y la regulación, sin que esto implique la invasión de órbitas de competencias propias de otras modalidades y organismos de control.

El "objeto de tutela" del control de policía administrativa está directamente relacionada con la aplicación de normas de orden público. En el sector de los servicios públicos domiciliarios se concretan en la protección de los usuarios, quienes tienen derecho a la prestación de los servicios en las condiciones previstas en la ley. En segundo lugar, en la regulación de contratos en condiciones uniformes, especialmente, en evitar traslados a través de las tarifas, de los costos ineficientes incurridos por el proveedor de los servicios. Finalmente, la garantía de los operadores de servicios de que otros operadores que prestan los mismos u otros servicios no actúen en condiciones que impidan o limiten la competencia o impliquen el abuso de su posición dominante.

La policía administrativa se ejerce dentro de claros límites propios del estado de derecho colombiano y por lo tanto debe sujetarse al menos a los siguientes lineamientos:

1. La policía administrativa es una forma de aplicación inmediata y preventiva del derecho, por ello no puede confundir su actividad con la creación del derecho, ni con la función reguladora.
2. La policía administrativa carece de competencia para declarar el derecho con efectos de cosa juzgada y por ello, no debe inmiscuirse en el ejercicio de la función judicial propia de los jueces en el Estado.
3. La policía administrativa actúa como autoridad de prevención y de represión de las indisciplinas sectoriales, de allí su inmediatez y necesidad de eficacia.

4. Tratándose de una potestad sancionatoria, su actuación esta sometida en forma estricta a la aplicación del principio de la legalidad de las conductas sancionables.

5. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en todas sus actuaciones debe someterse al cumplimiento del debido proceso, regla constitucional derivada del artículo 29 de la carta para las actuaciones administrativas.

6. La policía administrativa es independiente y autónoma frente al ejercicio de otras modalidades de control, como son el fiscal, disciplinario, penal o de legalidad.

7. La policía administrativa debe limitarse al ejercicio de sus funciones y no le es dable interferir en el ejercicio de otras modalidades de control o indebidamente invadir la órbita de los mismos.

#### **A. Conductas sancionables y sanciones aplicables por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

En aplicación del principio de legalidad de las conductas sancionables y de las penas que se pueden imponer, aplicables en el sector de los servicios públicos domiciliarios, como parte del debido proceso y del principio de función reglada de la administración, los artículos 79<sup>42</sup> y 81<sup>43</sup> de la Ley 142 de 1994 se ocupan expresamente de esos asuntos.

En relación con las conductas sancionables, es importante resaltar que se trata de las conductas prescritas en la ley y dentro de los fines allí indicados, por lo tanto, no es admisible la aplicación analógica de la ley, ni la ampliación de los tipos a casos que no están expresamente previstos.

#### **B. Límites de las competencias sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

Las funciones sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios deben someterse estrictamente al principio de legalidad, así lo ha expresado el H. Consejo de Estado que en providencia del 7 de octubre de 1999 en el expediente 5606, dijo:

La Sala observa que, ciertamente, la Superintendencia de Servicios Públicos, en virtud de sus facultades de vigilancia e inspección, puede imponer sanciones con base en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, más, para ejercer esa atribución es menester que el hecho por el cual imponga la sanción esté descrito como reprochable en alguna norma o que encaje estrictamente dentro del concepto de falla en la prestación del servicio, o de la obligación incumplida de la respectiva empresa, precisados en los artículos 11, numeral 1, y 36 de la Ley 142 de 1994. Porque no se trata de una facultad en blanco que dicha entidad pueda ejercer a su arbitrio, pues tal potestad supone para su ejercicio, en el caso de las multas (art. 81-2 *ibídem*), atender al "impacto de la infracción", y hablar de infracción significa que el hecho que merezca sanción debe estar previamente descrito en sus distintos elementos por la ley. Tanto es cierto lo anterior, que el Decreto 1165 de 1999 pretendió, con independencia del concepto de falla en la prestación del servicio, estructurar dos motivos diferentes para imponer sanciones a las empresas prestadoras de servicios públicos: el no responder en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios y la violación de las normas a que dichas empresas deben estar sujetas (art. 5.º, nums. 27 y 28). En el presente caso, el hecho principal por

el que se impone la multa no se encuadra dentro de los supuestos de las normas invocadas como infringidas, en lo que a la prestación del servicio telefónico se refiere, de donde resulta una adecuación típica administrativa incorrecta. En efecto, el sustratum de la sanción consiste en que, a juicio de la Superintendencia, se encontró incumplimiento de contrato, el cual determinó deficiencias en el Plan de Extensión de la Empresa, así como incumplimiento en los contratos proyectados con los usuarios.

### C. Caducidad en las competencias sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Sobre los límites temporales de la potestad sancionatoria que tienen las autoridades en materia de servicios públicos domiciliarios, en especial la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 16 de junio de 1997, rad. 931. con ponencia de LUIS CAMILO OSORIO, expresó:

El objeto del artículo 38 del CCA es establecer una gradualidad de la sanción teniendo en cuenta la persistencia de la actuación repudiable o su reincidencia, evento en el que si la infracción se ha cometido por varios años, el monto máximo de la sanción de 2000 salarios mínimos mensuales, se podrá multiplicar por el número de ellos en los que se hubiere prolongado la conducta contraria al ordenamiento jurídico; se advierte sin embargo que como la norma no fijó término especial para la caducidad de la potestad sancionatoria, la aplicación del artículo 38 del CCA resulta imperativa. Aun cuando la LSPD no tiene por objeto regular la competencia de la administración para la imposición de sanciones, sin embargo al determinar sus funciones le señala potestad

para aplicar algunas específicas; a diferencia del artículo 38 del CCA que si establece dichas competencias, la SSPD a penas tiene capacidad para establecer la gradualidad de la misma, de tal modo que tratándose de materias diferentes, y en consecuencia entre la que no es jurídica ni lógicamente posible establecer una contradicción, no se produce derogatoria ni aplicación preferente de norma especial o posterior, ya que por tener objeto y contenido diverso, los efectos jurídicos de la aplicación de cada disposición se producen en forma autónoma pero armónica. En todo caso la existencia de normas especiales no produce por sí sola la derogatoria de preceptos generales, sino su aplicación preferente; en este evento la interpretación se hace complementaria con la disposición del CCA".

### XVI. EL CONTROL EN PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA LEY 142 DE 1994

En el desarrollo del tema de control, en primer lugar debe hacerse una clara distinción de las funciones que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para proteger a los usuarios e impedir que los operadores abusen de su posición dominante frente a ellos y las competencias que tiene el mismo organismo de policía económica, con el fin de imponer sanciones a los operadores que incurran en competencia desleal o en prácticas restrictivas de la competencia.

Dado que como ya se ha afirmado la Ley 142 de 1994, no agota el sistema normativo colombiano y que se requiere dar aplicación a sus mandatos, se hace imperativo recurrir a las definiciones, prescripciones y contenidos normativos incluidos en las normas de competencia expedidas en materia comercial para el comercio de bie-

nes, claro está, teniendo en cuenta tres elementos en consideración:

- (1) el primero de ellos, es que en caso de existir prescripción especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios, la norma sectorial es de aplicación preferente<sup>44</sup>;
- (2) que la aplicación de las normas consignadas para el libre mercado de bienes no es aplicable en forma mecánica en el sector de los servicios y que en consecuencia deben hacerse las adecuaciones del caso; y
- (3) que en observancia del principio de función reglada de la administración, aplicable a las autoridades<sup>45</sup>, en el caso de asignación de competencias y de aplicación de procedimientos, estos deben ser expresos y no es dado recurrir a la aplicación extensiva, supletiva o analógica.

#### A. Conductas restrictivas de la competencia

No obstante que el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, las incluyen dentro de un solo cuerpo normativo, es importante distinguir entre las conductas que pueden afectar las competencias, los actos y convenios que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, de los que son competencia desleal y estos a su vez, de las conductas que constituyen abuso de la posición dominante.

#### B. La posición dominante

El concepto de posición dominante, esta asociado a la capacidad de influir o determinar el comportamiento de un mercado o de tomar decisiones frente a los usuarios, en condiciones de ventaja, por ello, esa capacidad debe ser controlada y limitada por parte del Estado.

La Ley 142 de 1994 en el numeral 14.13 del artículo 14, define la posición dominante como “la que tiene una empresa de servicios públicos respecto de sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto de sus servicios y de los sustitutos próximos a éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”; esta definición que es especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios debe aplicarse de preferencia a la que sobre el mismo tema contiene el Decreto 2153 de 1992, para las actividades comerciales<sup>46</sup>.

#### C. Los abusos de la posición dominante

En Colombia, la posición dominante esta permitida, pero el abuso de la misma es sancionado por las autoridades con competencia en materia de policía económica y administrativa, y se considera abuso el aprovechamiento a favor propio de la ventaja de poder determinar la voluntad de otros operadores o de los usuarios. El numeral 34.6 del artículo 34 de la Ley 142 de 1994, prohíbe que los proveedores de servicios abusen de su posición dominante en los contratos cualquiera sea la contraparte y cualquiera sea el tipo de contrato.

A su vez, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, tipifica 26 conductas que no deben pactarse en los contratos que celebran los operadores de servicios públicos y que cuando son pactadas la ley presume que se ha incurrido en abuso de la posición dominante, presunción que de acuerdo con el mismo texto legal, puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas señaladas, al considerarse el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con las obligaciones especiales que asume la empresa; además, la presunción se desvirtúa en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de

la Comisión de Regulación respectiva, para incluirla en el contrato y la Comisión la hubiere autorizado.

#### D. Las conductas restrictivas de la competencia

El artículo 34 en concordancia con el 98 de la Ley 142 de 1994, establecen un conjunto de conductas (incluyendo actos y convenios) que constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia y que son aquellas que tienen como objeto, o producen como efecto el impedir que la competencia se desarrolle en condiciones de igualdad, o limitar la misma, para que nuevos agentes no puedan llegar al mercado; algunas manifestaciones de estas prácticas son: el cobro de tarifas predatorias o que no recuperan los gastos de operación del servicio, la prestación gratuita del mismo, los acuerdos entre operadores para repartirse el mercado o para fijar tarifas creando restricciones a la oferta o para elevarlas.

La Ley 142 de 1994 considera en los numerales 34.5 y 34.6 del artículo 34, que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, la competencia desleal y los abusos de la posición dominante en todas sus manifestaciones.

#### E. La competencia desleal

Las conductas tipificadas como competencia desleal, son las consagradas en la Ley 256 de 1996, y principalmente consisten en las siguientes:

1. *Regla general*: se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las

sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

2. *Actos de desviación de la clientela*. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3. *Actos de desorganización*. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

4. *Actos de confusión*. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

5. *Actos de engaño*. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

6. *Actos de descrédito.* Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

7. *Actos de comparación.* Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables.

8. *Actos de imitación.* La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley. No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

9. *Explotación de la reputación ajena.* Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de

signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".

10. *Violación de secretos.* Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente. Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

11. *Inducción a la ruptura contractual.* Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

12. *Violación de normas.* Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

13. *Pactos desleales de exclusividad.* Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como



efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios<sup>47</sup>.

## XVII. EL CONTROL JURÍDICO DE LEGALIDAD

Se hace referencia al control jurídico de legalidad, que puede ejercerse en instancia administrativa o judicial, para aludir al conjunto de instrumentos de que disponen los usuarios y operadores en el sector de los servicios públicos domiciliarios, con el fin de que los actos, omisiones, operaciones administrativas, hechos<sup>48</sup> o vías de hecho en que ha incurrido un operador sean revisados por el mismo operador, por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o por las Comisiones de Regulación actuando como autoridades administrativas o finalmente, por el juez contencioso administrativo con el fin de revocar los actos, anularlos y declarar las reparaciones que sean del caso.

El hecho de que el control de legalidad pueda ejercerse por diferentes vías, no autoriza a los operadores o a las autoridades para invadir la órbita de control que constitucional o legalmente le está asignada a otra autoridad, así: a los operadores, se les permite revisar en vía gubernativa sus propios actos a través de mecanismos de "auto tutela" cuando los usuarios interponen recursos, formulan quejas o hacen peticiones; a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se le faculta a actuar en aquellos casos en los que se involucran sus funciones propias de la policía administrativa; las Comisiones de Regulación, pueden intervenir para dirimir conflictos en instancia administrativa entre operadores si la competencia se encuentra prevista en la ley y

ella se refiere a las condiciones en las cuales se presta el servicio a los usuarios o se desarrolla la competencia entre los operadores. Pero en ningún caso, puede entenderse facultadas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ni las Comisiones de Regulación para invadir órbitas jurisdiccionales y actuar usurpando competencias propias de los jueces.

Quien en últimas ejerce controles de legalidad es la Jurisdicción, bien porque en forma directa deba recurrirse a ella, o bien, porque debe revisar actuaciones previas de la administración a la que se otorga competencia, en virtud de la necesidad de la inmediatez de la toma de decisiones, por la naturaleza del conflicto que afecta el orden público, el servicio público o a los usuarios de los mismos.

Son múltiples las concreciones de esta modalidad de control, así:

### A. La vía gubernativa

Un instrumento de control de legalidad es el derecho de los suscriptores y usuarios, a interponer recursos de reposición y en forma subsidiaria de apelación contra los actos que son expedidos por el proveedor de los servicios en todos los casos en los que pueda resultar afectado por las decisiones del operador<sup>49</sup>. Aún en el caso de tratarse de proveedores mixtos o privados, las decisiones referidas a los usuarios tienen el alcance de actuaciones administrativas y como tales, son susceptibles de ser revisadas a través del agotamiento de la vía gubernativa, regida en general, por las reglas contenidas en el libro primero del Código Contencioso Administrativo<sup>50</sup>.

En relación con la interposición de recursos en sede de la empresa, es importan-

te recordar que, en caso de que la empresa no dé respuesta en forma oportuna a las peticiones, quejas o recursos de sus usuarios, opera el silencio administrativo positivo en los términos previstos en el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995, que modificó el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 y que es del siguiente tenor literal:

*Artículo 123.-* Ámbito de aplicación de la figura del silencio administrativo positivo, contenida en el artículo 185 de la Ley 142 de 1994. De conformidad con lo establecido en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, toda entidad o persona vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos, prestadora de los servicios públicos domiciliarios de que trata la citada ley, tiene la obligación de resolver las peticiones, quejas y recursos que presenten los suscriptores o usuarios en desarrollo de la ejecución del contrato de servicios públicos, dentro de un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación.

Pasado ese término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora o que se requirió la práctica de pruebas se entenderá que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. Dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del término de los quince (15) días hábiles, la entidad prestadora del servicio público domiciliario reconocerá al suscriptor o usuario los efectos del silencio administrativo positivo. Si no lo hiciere, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la imposición de las sanciones a que haya lugar conforme a la ley, sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presentado.

*Parágrafo.* Para los efectos del presente capítulo, se entiende que la expresión genérica de 'Petición', comprende las peticiones en interés particular, así como las quejas y los recursos que presente un suscriptor o usuarios".

## **B. Las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho**

### *Concepto general de la procedencia de la acción*

La acción de nulidad y restablecimiento en el derecho, corresponde a una de las acciones contencioso administrativas más típicas y tradicionalmente reconocidas en el ordenamiento jurídico administrativo en Colombia. A través de ella, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño que se le ha causado.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA<sup>51</sup>, procede por las mismas causales consagradas en el artículo 84 del mismo código para instaurar la acción de simple nulidad, con la cual no se persigue el restablecimiento de ningún derecho afectado, sino, la defensa del orden jurídico en sentido objetivo, esto es: La unidad lógica del sistema normativo.

Son causales de nulidad de los actos y en consecuencia de su "nulidad y restablecimiento del derecho" las siguientes:

– Cuando con el acto administrativo, se infringen las normas en que debía fundamentarse;

- Cuando el acto administrativo, fue expedido por funcionario incompetente;
- Cuando el acto se expide en forma irregular, es decir, se incurre en vicios en la forma;
- Cuando no se observa el debido proceso;
- Cuando se incurre en falsa motivación;
- Cuando el acto se expide con desviación de poder;
- Cuando el acto expedido no es proporcionado a sus fines y en consecuencia, se violentan principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>52</sup>.

Esta modalidad de control que en principio se ejerce sobre los actos administrativos que expiden las autoridades estatales. Excepcionalmente, también puede ejercerse sobre los actos que en razón del ejercicio de potestades públicas expida todo tipo de prestadores de servicios públicos, aún los particulares y los de naturaleza mixta. Tal sería el caso, del control judicial sobre el ejercicio de potestades excepcionales o exorbitantes en los contratos, en los casos en los que los prestadores están autorizados a pactarlas a su favor<sup>53</sup>, y el de los actos que en razón de una petición, queja o recurso de los usuarios deban ser expedidos por el proveedor de los servicios.

En efecto, el hecho de prestar servicios públicos, posibilita a todos los proveedores la expedición de actos propios de las autoridades estatales, como es el caso de las competencias otorgadas a las empresas de servicios, por el artículo 33 de la Ley 142 de 1994<sup>54</sup>. O como la expedición de reglamentos del servicio, el cual a pesar de provenir de una entidad privada puede ser objeto de control de legalidad por la jurisdicción administrativa. O el caso más común de expedición de actos de contenido administrativo sobre las actuaciones que se adelantan por parte de los operadores y que

están asociadas a peticiones, quejas o recursos que adelantan los usuarios<sup>55</sup>.

La expedición de actos administrativos en Colombia, no es un atributo exclusivo de las autoridades y ellos también pueden ser expedidos por los particulares cuando cumplen funciones públicas y ejercen una potestad o desarrollan el imperium propio de las potestades públicas. De ahí que el Código Contencioso Administrativo no sólo es aplicable a las entidades estatales, sino que también lo es a los particulares que cumplen funciones administrativas<sup>56</sup>.

En relación con la aplicación de mecanismos de control de legalidad sobre los actos que expiden las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la H. Corte Constitucional en sentencia C-263 de 1996, expresó lo siguiente:

*"3. Los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios.*

"Diferentes disposiciones de la Ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la Ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la auto tutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a tra-

vés de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4.º, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

*“Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados”* –destacado fuera del texto.

Es claro entonces que los particulares y las empresas mixtas que prestan servicios públicos pueden, en algunos casos especiales, ejercer funciones públicas y expedir actos administrativos, sujetos a los controles de legalidad que pueden ejercerse en vía gubernativa por parte de las mismas empresas y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y en vía judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>57</sup>.

### C. Casos en que pondría proceder la acción de nulidad y restablecimiento en el derecho

Como consecuencia de la expedición de actos administrativos por parte de las empresas de servicios públicos, en los eventos previstos en los artículos 33, 56, 57, 116, 117, 118, 152 y 154 de la Ley 142 de 1994, una vez ejecutoriada o en firme la actuación administrativa que adelante la empresa, el usuario o interesado que se considere afec-

tado por la decisión adoptada, puede recurrir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se anule el acto expedido y además se restablezca el derecho afectado, ordenando las compensaciones que sean del caso.

### D. El verdadero alcance de las competencias de los proveedores de servicios públicos en materia de expedición de actos administrativos

Un análisis en detalle del tema, permitirá concluir que la expedición de actos de naturaleza administrativa, se refiere fundamentalmente a las actuaciones que adelantan las empresas frente a sus usuarios. Las otras modalidades de actos controlables por la jurisdicción contenciosa administrativa, se refieren a actos que solo pueden expedirse por entidades estatales que prestan servicios públicos, o por ésta a solicitud de un operador privado.

En efecto, recogiendo el criterio sostenido por la sección tercera del H. Consejo de Estado, la H. Corte Constitucional en sentencia C-558 de 2001, expresó:

*“... Frente a la regla general establecida el prenotado artículo 32 deja a salvo las normas de la Constitución y de la misma ley que estipulen expresamente lo contrario, vale decir, que privilegien la aplicación del derecho público en el manejo y resolución de determinados asuntos, tal como ocurre en la hipótesis de la defensa de los usuarios en sede de la empresa. En efecto, obsérvese cómo a pesar de que el inciso segundo del artículo 152 de la ley de servicios destaca una hermenéutica protectora de la costumbre comercial frente a las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos;*

por mandato de los artículos 154 a 159 ibídem el procedimiento para conocer y decidir en cuanto a las peticiones, quejas, reclamos y recursos es de linaje público. Lo que a todas luces es indicativo de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es, en cuanto conocen y deciden sobre las peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios.

Claro que hay otras hipótesis normativas que también prevén la función administrativa en cabeza de las susodichas empresas, según lo da a entender el artículo 33 de la ley de servicios, que en torno a todos (art. 15 *ejusdem*) los prestadores de servicios públicos domiciliarios reza:

“Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio, pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos”.

Con referencia a las hipótesis de esta norma, en lo que hace a la potestad para dictar actos administrativos la Sala se pregunta: ¿con arraigo en el espectro general de las reglas vigentes sobre producción de actos administrativos, qué tan predicable resulta el anterior precepto en relación con los prestadores de servicios públicos domiciliarios que no gozan de naturaleza oficial?

Una respuesta sobre el particular ya fue expresada por el Consejo de Estado, la cual,

dado su talante ilustrativo, conviene ahora traerla a colación. Dijo así esa Corporación:

“3. El artículo 33 de la Ley 142 pretende definir cuáles actos, hechos u omisiones realizados por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios corresponde (sic) conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Allí se mencionan aquellos actos expedidos en ejercicio de los derechos y prerrogativas que la propia Ley 142 u otras anteriores confieren para los siguientes aspectos:

- a. Uso del espacio público;
- b. Ocupación temporal de inmuebles;
- c. Promover la constitución de servidumbres, o
- d. La enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio.

a. En relación con el uso del espacio público, la doctrina ha señalado que este puede ser de tres clases:

– Común y general en el que no se requiere intervención administrativa alguna, v.gr. caminar o conducir por las vías públicas, bañarse o beber el agua de los ríos y caudales, etc.

– Uso común especial que requiere autorización administrativa (por ejemplo pescar).

– Uso privativo para el cual se necesita una concesión (un canal de agua que se hace saltar con fines de producción de energía).

“Esta disposición debe armonizarse con el artículo 26 de la Ley 142 que en relación con los permisos municipales establece:

“En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, *el uso del espacio público,*

(sic) y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

"Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que éstas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

"Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia".

"Esto significa que en la medida en que las empresas de servicios públicos domiciliarios pretendan efectuar un uso especial o privativo del espacio público, están obligadas a obtener la respectiva autorización de la autoridad municipal y por consiguiente, por sí y ante sí no profieren ningún acto unilateral o administrativo como equivocadamente lo insinúa el artículo 33 de la Ley 142 de 1994.

"b. La ocupación temporal de inmuebles es una actuación puramente material que en estricto sentido tampoco da lugar a la producción de actos administrativos por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios y en el evento de que estos (sic) se requieran, deberán solicitarse a la entidad correspondiente o al municipio.

"A este respecto el artículo 57 de la Ley 142 de 1994 señala:

"Facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

"Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos y otras líneas o conducciones. *La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente, si no hubiere ley expresa que indique quién debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar*" (se destaca).

"c. En la constitución de servidumbres asimismo las empresas de servicios públicos domiciliarios no producen actos administrativos toda vez que de acuerdo con el artículo 117 de la Ley 142 de 1994:

"La empresa de servicios públicos que tenga interés en beneficiarse de una servidumbre, para cumplir su objeto, podrá solicitar la imposición de la servidumbre mediante acto administrativo, o promover el proceso de imposición de servidumbre al que se refiere la Ley 56 de 1981".

"A su vez el artículo 118 del mismo estatuto prevé que

*"Entidad con facultades para imponer la servidumbre. Tienen facultades para imponer la servidumbre por acto administrativo las entidades territoriales y la Nación, cuando tengan competencia para prestar el servicio público respectivo, y las comisiones de regulación".*

d. En cuanto a la enajenación forzosa o expropiación de los bienes que requieran las empresas para la prestación de los servicios públicos, lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 debe interpretarse en armonía con el artículo 116 de dicha ley que señala:

*"Entidad facultada para impulsar la expropiación. Corresponde a las entidades territoriales, y a la Nación, cuando tengan la competencia para la prestación del servicio, determinar de manera particular y concreta si la expropiación de un bien se ajusta a los motivos de utilidad pública o interés social que consagra la ley, y producir los actos administrativos e impulsar los procesos judiciales a que haya lugar" (se subraya).*

"El vacío que dejó la Ley 142 de 1994 en cuanto no facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios diferentes a la Nación y a las entidades territoriales para impulsar el proceso de expropiación y por consiguiente, producir el acto administrativo que determine de manera particular y concreta el bien que se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, debe ser llenado con la Ley 9.ª de 1989 y 388 de 1997 que confieren esa facultad además a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores.

*"Sería por lo tanto este el único caso en el que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios*

*—no todas— podrían proferir actos administrativos que como tales están sujetos al control de esta jurisdicción (art. 82 CCA)"<sup>58</sup>.*

La Sala prohíja los anteriores planteamientos, advirtiendo que en relación con el comentado artículo 33, la potestad para emitir actos administrativos, no sólo es predicable respecto de la Nación, las entidades territoriales y las empresas industriales y comerciales del Estado, pues según puede inferirse del contexto positivo reseñado y de la ley de servicios de la misma, tal potestad es también propia de las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más. Lo que en términos más específicos, incluye a las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza oficial o mixta, cuando quiera, que cumplan con este porcentaje. Por donde, para el sector de los servicios públicos domiciliarios, sería impropio destacar alguna titularidad (en el sentido vis-to) en cabeza de las sociedades de economía mixta, toda vez que esta modalidad societaria fue proscrita del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios (arts. 14.5, 14.6, 14.7 y 17, Ley 142 de 1994). De otra parte debe precisarse que lo aquí expresado en torno a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las empresas oficiales o mixtas, es enteramente aplicable en los órdenes nacional, departamental y municipal (art. 59, Ley 388 de 1997). Por consiguiente, son, pues, estos los términos en que deben entenderse las hipótesis contempladas en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, quedando por tanto suficientemente claro, que la función administrativa exhibe fronteras en los dominios de esta disposición a instancias de la influencia sistemática recibida de las normas ya señaladas en líneas anteriores...".

### E. La factura de servicios públicos como acto administrativo

Si se reconoce la condición de acto administrativo de naturaleza especial a la factura de servicios públicos domiciliarios, es forzoso aceptar que ésta podrá ser objeto de control en la vía gubernativa y si es del caso en la vía judicial, tal como lo ha reconocido el H. Consejo de Estado en providencia de la sección quinta de la Sala de los Contencioso Administrativo, fechada el día del 24 de noviembre del 2000, rad. 11001-00-00-000-1999-1350-01, en la cual se dice:

"... Y es que si bien, como ya lo ha definido esta Corporación<sup>59</sup>, conforme a las previsiones de los artículos 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994, las facturas de cobro de los servicios públicos son actos administrativos de carácter sui generis y se rigen por normas especiales en cuanto a su firmeza y exigibilidad, habida cuenta que, conforme al artículo 154, inciso tercero in fine, de la citada ley, contra las facturas proceden reclamaciones dentro de los cinco (5) meses siguientes a su expedición y, como ya se dijo, su conocimiento por parte de los respectivos suscriptores o usuarios, se presume de derecho cuando han sido entregadas en la forma prevista en el Contrato de Condiciones Uniformes; es decir que en presencia de este último requisito, es inadmisibles prueba contraria (art. 66 C. C.).

De lo expuesto se concluye que tampoco prospera la excepción de falta de ejecutoria de la factura.

4. Se alega la improcedencia del cobro total del valor facturado (10 meses), porque la empresa prestadora del servicio tenía la obligación de suspenderlo en los casos de falta de pago por tres (3) periodos facturados, y que la omisión en ese sentido impide

que se reclamen las sumas excedentes al propietario, como deudor solidario. La excepción apunta a la legalidad intrínseca de la factura y por lo tanto debió ser alegada por la vía administrativa dentro de los cinco (5) meses siguientes a la expedición de ella, y ejerciendo los recursos gubernativos y la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, si fuera necesaria; por esa razón no puede debatirse en el proceso de jurisdicción coactiva, como lo prescribe el inciso final del artículo 561 del CPC, que a la letra dice:

"En este proceso (*de jurisdicción coactiva*) no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa...".

También reconociendo a la factura a través de la cual se cobra por la prestación de servicios públicos domiciliarios, el carácter de acto administrativo, el H. Consejo de Estado, a través de su sección tercera en sentencia del 25 de noviembre de 1994, con ponencia de CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expresó:

"... La parte demandante, aunque da a entender que los actos de facturación expedidos por la Empresa de Teléfonos de Bogotá causaron perjuicios materiales a un número plural de suscriptores, los hace de lado para formular una acción de reparación directa, como si los citados actos no tuvieran el carácter de administrativos y fueran simples hechos productores de daños.

"La errónea escogencia de la acción salta a la vista. Esos actos de facturación son administrativos. Y si al expedirlos se les cobró a los suscriptores sumas mayores a las que se debían pagar, estos podían impugnarlos por la vía establecida en el artículo 85 del CCA, por la cual podían pretender su nulidad y la



fijación consecuencial de la suma realmente adeudada. Acción que no podría ejercerla sino el propio suscriptor afectado, dentro del término de caducidad previsto en la ley para esta clase de pretensión.

“La liquidación de los servicios que cada usuario debe pagar se hace a través de un acto administrativo. Lo que sucede es que éste aparece contenido o vertido en un formato especial o cuenta, de carácter especial, que suple la expedición formal de otros tantos actos administrativos, con considerandos y resolución...”.

## F. Los contenciosos contractuales

Una amplia gama de las actuaciones de las empresas de servicios públicos, se realizan a través de la celebración de contratos con entidades estatales, con otros proveedores de servicios, con agentes de los que reciben el suministro y servicios, y con sus usuarios.

Aunque la regla general, es que en la celebración de contratos, los proveedores de servicios incluyendo las entidades estatales, se someten a las reglas del derecho común, y en consecuencia, los conflictos generados en ellos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria, en muchos casos, los contratos se someten al control de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En todos los casos, los contratos sea que se sometan a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa deben estar sujetos a la ley, y en ese sentido son susceptibles de revisión judicial.

Con la expedición de la Ley 446 de 1998, que sometió al control de la jurisdicción contencioso administrativo la solución de los conflictos originados en contratos que tiene dentro de su finalidad directamente la prestación del servicio público, puede afirmarse que en el derecho adminis-

trativo colombiano en forma inadecuada, se invirtió la regla dominante, según la cual, los conflictos originados en los contratos regidos por el derecho común deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria<sup>60</sup>. El hecho de que un contrato esté sometido al conocimiento de una determinada jurisdicción no significa en principio que ello afecte el régimen legal que le es aplicable<sup>61</sup>.

No sólo los actos administrativos que provienen de los proveedores de servicios públicos son susceptibles de revisión judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. También, en algunos casos la actividad contractual es susceptible de ser controlada por esta jurisdicción, cuando ella se refiere a la prestación de los servicios públicos cuando se han pactado cláusulas exorbitantes o simplemente en los casos que de conformidad con la ley, debe someterse a las reglas propias de la contratación estatal.

La acción contenciosa contractual se encuentra reglamentada en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del CCA, en los siguientes términos:

“ Artículo 32. *De las controversias contractuales.*  
El artículo 87 del CCA, quedará así:

“Artículo 87. *De las controversias contractuales.*  
Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante

las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste*, la ilegalidad de los actos previos *solamente* podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato<sup>62</sup>.

El Ministerio Público o cualquier tercero *que acredite un interés directo* podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes<sup>63</sup>.

Aunque uno de los temas de mayor discusión en el sector de los servicios públicos es el relativo a establecer en qué casos los conflictos contractuales deben someterse a la jurisdicción contenciosa y en cuáles a la ordinaria, puede afirmarse que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, los siguientes tipos de conflictos:

- Los originados en contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos<sup>64</sup>, cuando su finalidad este destinada directamente a la prestación del servicio<sup>65</sup>.
- Cuando el contrato se origine en un contrato que tenga o deba tener cláusulas exorbitantes<sup>66</sup>.
- Cuando el conflicto se origine en un contrato que deba sujetarse a las reglas de derecho público, como en los siguientes casos:
  - Contratos de concesión celebrados por entidades territoriales para la explotación de

redes o bienes asociados a la prestación de los servicios<sup>67</sup>.

- Contratos de concesión para la explotación de áreas exclusivas de servicios<sup>68</sup>.
- Contratos de empréstito u operaciones de crédito público, en el caso de las entidades oficiales y en las empresas de servicios públicos oficiales y mixtos<sup>69</sup>.
  - También conoce la jurisdicción contenciosa por vía jurisprudencial, en el caso de que se trate de contratos estatales de los sometidos al régimen del derecho común<sup>70</sup>.

#### F. La nulidad de los actos y el alcance del artículo 38 de la Ley 142 de 1994<sup>71</sup>

De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es causal de nulidad absoluta de los contratos estatales que impiden su ejecución, la declaración de nulidad de los actos que le sirven de fundamento; sin embargo, esta regla de derecho no es aplicable a los contratos estatales que se celebran en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Por ser contrario a la regla general, es importante tener en cuenta que en el caso de atacar la nulidad de un contrato celebrado de buena fe por una empresa de servicios públicos, tomando como apoyo la ilegalidad de los actos en que se fundamenta, la decisión judicial en estos casos no será la de impedir el contrato celebrado de buena fe, sino el pago de las reparaciones a que haya lugar.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, en la sentencia C-066 de 1997, la H. Corte Constitucional, expresó:

... No encuentra la Corte fundamento alguno que sirva para declarar la inexecutable del artículo 38 *sub júdice*, a partir de los argumentos esgrimidos por el demandante. Como sucede con la disposición anteriormente examinada, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 consagra dos supuestos de hecho: primero, la sola anulación de los actos administrativos relacionados con los servicios públicos domiciliarios; y segundo, las consecuencias posibles de tal determinación jurisdiccional, es decir, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. En cuanto al primero, efectivamente la ley restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos al momento de su declaratoria y hacia adelante, exclusivamente, con el fin de que todas las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes. Hasta aquí nada ha dicho el legislador sobre las posibles condenas patrimoniales, restablecimiento de derechos o reparación de daños a que haya lugar, sino simplemente se ha referido a la desaparición del acto anulado, a su exclusión del mundo jurídico, lo cual, se repite, sucede desde el momento en que así lo disponga la jurisdicción competente y hacia el futuro.

Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los de-

rechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser *ex nunc*, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos *ex tunc*, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional.

Finalmente, observa la Corte que no existe argumento alguno en contra de la constitucionalidad de la segunda parte del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, pues el demandante lo ataca diciendo solamente que la nulidad de los actos administrativos no puede depender de que los mismos se hayan celebrado de mala fe, sin especificar las razones para que ello sea inexecutable. En consecuencia, en la parte resolutive de la presente providencia, esta Corporación se inhibirá de fallar sobre el particular...

## XVIII. EL CONTROL JURÍDICO PENAL

Dado que los proveedores de servicios públicos, en muchas oportunidades actúan como particulares que cumplen funciones públicas o que administran bienes del Estado, en esa medida pueden resultar siendo, sujetos de control por parte de las autoridades con competencias sancionatorias disciplinarias y penales.

En relación con este aspecto, es importante resaltar que según lo establece el artículo 20 del Código Penal colombiano, es

servidor público, el particular que ejerza funciones públicas en forma permanente o transitoria<sup>72</sup>. Por ello, adquiere una notoria importancia determinar, en qué casos se considera que un particular cumpla funciones públicas.

No obstante, vale la pena insistir en que no se pueden asimilar los conceptos función estatal, función pública, función administrativa y la prestación de servicios públicos. Se afirma que se cumple una función pública, cuando un servidor del Estado o un particular ejerce una atribución que le otorga poderes o potestades en desarrollo de disposiciones legales, como cuando expide actos de alcance jurisdiccional, reglamentario o expide actos de carácter administrativo.

En el sector de los servicios públicos domiciliarios, la ley ha otorgado potestades propias del derecho público a los proveedores de servicios con independencia de su naturaleza jurídica y también en esa misma vía, ha fijado los respectivos controles sobre los operadores con independencia de su naturaleza<sup>73</sup>. Claro está, que en relación con los operadores mixtos y privados, esas potestades esencialmente se reducen a los actos de autoridad que puede ejercer frente a los usuarios, pues en los demás casos como regla general quedan mediatizadas a la intervención de organismos o entidades estatales.

En la orientación de precisar los casos en los cuales se puede afirmar que un particular cumple funciones públicas, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003, expresó:

... No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusi-

va de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública..,

Es importante señalar en este punto que son diferentes las categorías "particular que cumple funciones públicas", "particular que presta servicios públicos" y "particular que administra bienes del Estado". De las tres categorías de particulares señaladas, sólo ostenta la condición de "servidor público" para efectos penales, el particular que ejerce funciones públicas, puesto que la referencia que se hacía en el artículo 20 de la ley 190 de 1995 –que modificó el artículo 138 del anterior Código Penal<sup>74</sup>–, a los particulares que administraran bienes del Estado, fue derogada en el nuevo código que no contempla este tipo de responsabilidades.

#### A. Control penal por la administración de recursos estatales

Existe una modalidad especial de responsabilidad para los proveedores de servicios públicos domiciliarios, derivada de la aplicación del sistema de contribuciones y subsidios a que hace referencia el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, puesto que el nume-

ral 89.6 de la ley, asimila a los agentes encargados del recaudo de las contribuciones con los agentes retenedores regulados por el estatuto tributario<sup>75</sup>.

El estatuto tributario en el artículo 665 establecía un tipo penal dirigido a los agentes retenedores<sup>76</sup>, pero dicha norma fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional en sentencia C-285 de 1996. Luego, el tipo fue creado de nuevo con las correcciones que le generaron inexecutable, mediante el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, establece la norma citada:

" Artículo 22. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 665. *Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA.* El Agente Retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de *peculado por apropiación*<sup>77</sup>.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual sea contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de

su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en este artículo, recaerán sobre el representante legal.

Parágrafo 1.º. El agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo.

Parágrafo 2.º. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas...".

En la actualidad el Código Penal, contenido en la Ley 599 de 2000, establece en relación con los agentes retenedores, lo siguiente: –Se cita la norma a manera de información y de prevención en futuras actuaciones, pues es claro que la ley penal en ningún caso tiene efectos retroactivos y además es necesario tener en cuenta que en esta materia rige el principio de la aplicación de la ley favorable–.

" Artículo 402. *Omisión del agente retenedor o recaudador.* El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá *en prisión de tres (3) a seis (6) años* y multa equivalente al doble de lo no consignado sin

que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”.

#### XIX. EL CONTROL DISCIPLINARIO ORIGINADO EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Una modalidad especial de control sobre los operadores de servicios públicos, es el control disciplinario por el ejercicio de funciones públicas. Es competencia de la Procuraduría General de la Nación y complementa a las otras modalidades de control existentes.

Esta modalidad de control se hace sobre los proveedores privados, sólo procede en cuanto ellos, en su condición de particulares ejerzan funciones públicas y se rige por las normas contenidas en los artículos 52 y siguientes de la Ley 734 de 2002.

En desarrollo del cumplimiento de sus competencias y atribuciones, en algunos casos los particulares que prestan servicios públicos pueden ejercer actos propios de las autoridades públicas. Precisamente en los casos que como se ha advertido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consisten en el señalamiento de conductas, el ejercicio de coerción o la expedición de actos unilaterales<sup>78</sup>, son los que posibilitarían que esos particulares incurran en conductas disciplinables de conformidad con los tipos previstos en la Ley 734 de 2002<sup>79</sup>.

De esta nueva modalidad de control, consagrada en la Ley 734 de 2002 y ratificada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2003, se resalta su similitud con los controles propios de la policía administrativa, en la que el objeto de tutela está dirigido a la gestión empresarial y a la protección de los usuarios del servicio. Sin embargo, la diferencia estaría radicada en este caso, en la búsqueda del ejercicio de las potestades especiales que la ley asigna a los particulares, dentro de los límites de transparencia y moralidad, propias de las actividades administrativas.

Es importante resaltar la evolución que la jurisprudencia colombiana ha tenido sobre la materia, pues frente a una norma con diferente contenido, pero similar propósito como era el artículo 82 de la Ley 142 de 1994, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-599 de 1996, se pronunció declarando su inexecutable, porque en su

criterio la competencia era asimilable a la de policía administrativa, radicada constitucionalmente en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>80</sup>.

Dada la importancia de las diferentes modalidades de control, entre ellas el de legalidad, disciplinario y jurídico penal, es necesario esclarecer en qué casos los particulares que prestan servicios públicos cumplen funciones públicas. La H. Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003, fijó la doctrina constitucional vigente, y en la que acertadamente concluye que no es lo mismo la prestación de servicios públicos que el ejercicio de funciones públicas, y que en el desarrollo de la prestación de los servicios, en muchas oportunidades, los prestadores pueden ejercer funciones públicas.

En la sentencia C-037 de 2003, la H. Corte Constitucional fija el estado actual de la situación en los siguientes términos:

*"... El estado actual de la cuestión.*

De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.

*"... 4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.*

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, caber precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos

diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia.

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado, (art. 113 C. P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts. 150, 241, 277 C. P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", en tanto que el artículo 212 superior expresa que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

La Constitución hace referencia a las expresiones "función pública" y "funciones públicas" de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de "funciones públicas" por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como "funciones públicas" la administración de justicia (art. 228 C. P.) y el control fiscal (art. 267 C. P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la "función administrativa" (art. 209 C. P.) especie dentro del género función pública.

"... 4.1.1.3.2 La Carta Política—Cap. V tít. XII, arts. 365 a 370—, se ocupa de la "Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos", capítulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C. P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de

solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C. P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C. P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La Constitución utiliza igualmente el término de "servicio público" para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C. P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C. P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a

su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C. P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia, así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia (art. 131 C. P.).

"... 4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados..."



- 1 En especial, en lo que se refiere a actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades públicas.
- 2 Así se establece claramente en el inciso segundo del artículo 365 de la C. P.
- 3 Se hace referencia tanto al control de la competencia como en protección de los usuarios.
- 4 En este caso el concepto de control disciplinario se asocia al ejercicio de funciones públicas y no a las relaciones laborales.
- 5 Para diferenciarlo del control disciplinario derivado del ejercicio de funciones públicas.
- 6 En particular, funciones administrativas.
- 7 Cuando en desarrollo de la atribución contenida en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, hace efectiva una cláusula exorbitante en un contrato.
- 8 Como el que se tiene sobre las redes públicas sobre las que se prestan los servicios.
- 9 Como sucede con la administración de las contribuciones que pagan los usuarios de estratos más altos.
- 10 Caracterizado por involucrarse en él, el interés general.
- 11 Entendido el concepto en sentido amplio, que incluye a los actuales y potenciales suscriptores del servicio.
- 12 Nótese que se diferencia entre recurso estatal que es el que proviene del Estado, del recurso público que es el que proviene del Estado o de los particulares asociado al ejercicio de potestad pública. En tal sentido, ver Corte Constitucional. Sentencia C-167 de 1995.
- 13 Que es el adoptado por la Ley 142 de 1994.
- 14 El inciso 1.º del artículo 365 de la C. P., prescribe:  
" Artículo 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.* Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional".
- 15 En este sentido, ver Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 1996.
- 16 En el mismo sentido, el régimen de remuneraciones debe entenderse asimilado, pues de lo contrario el Estado no estaría en condiciones reales de competir.
- 17 Con el caso de las obligaciones previstas en el artículo 11 de la Ley 142 de 1994.
- 18 Como es el caso de las circunstancias previstas en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994.
- 19 En este sentido, en el inciso segundo del artículo 365 de la Carta Política, se establece:  
"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por

particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

- 20 Así se deriva de lo establecido en el numeral 14.18 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

- 21 Sobre este particular en aclaración de voto a la sentencia T-178 de 2004, el H. Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expresó:

"... En este punto surge un interrogante: ¿qué lectura debe hacerse de la facultad que le asiste a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte? Es decir, ¿se trata de una facultad que debe contextualizarse en el marco de sus fundamentos constitucionales y legales? O, por el contrario, ¿se trata de una facultad que debe determinarse con independencia de tales fundamentos y susceptible de legitimarse a partir de una racionalidad desprendida de sí misma?

En mi criterio, la lectura que debe hacerse de la facultad que un decreto ejecutivo le reconoce a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una que sea compatible con la índole de las funciones que en materia de servicios públicos la Carta le reconoce al Presidente de la República y con las reglas que ha configurado el legislador para el ejercicio de esa facultad. Es decir, se trata de funciones típicamente administrativas, orientadas, en este caso, a la fijación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y al ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras del servicio público de telecomunicaciones. Con mayor razón si la misma ley ha señalado que "Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad".

Ese es el contexto en el que debe determi-

- narse el alcance de la facultad que se le reconoce a la CRT para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión pues a la administración no le está dado concebir la ejecución de la ley bajo unas condiciones que renieguen de los fundamentos constitucionales y legales de la institución de cuya ejecución se trata...".
- 22 El artículo 370 de la Constitución Política, establece:  
"Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten".
- 23 Establece el numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, entre las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la siguiente:  
"Artículo 79. *Funciones de la Superintendencia.* Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:  
... 32. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994".
- 24 La política sectorial está a cargo de los Ministerios en el orden nacional y de las secretarías de despacho en el orden territorial.
- 25 Como es el caso de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y Privadas.
- 26 Ver, ALVARO TAFUR GALVIS. *Las entidades descentralizadas*, 3.ª ed., Bogotá, Montoya & Araujo, 1984, pp. 236 y 237.
- 27 El artículo 3.º de la Ley 610 de 2000 al definir gestión fiscal estableció:  
"Artículo 3.º. *Gestión fiscal.* Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públi-
- cos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".
- 28 En relación con esta modalidad de control, el artículo 109 de la Ley 489 de 1998, establece:  
"Artículo 109. *Control de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.* El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.  
Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta".
- 29 Ver, sentencia C-037 de 2003 de la H. Corte Constitucional.
- 30 Al definir el ámbito de acción de las veedurías ciudadanas impuso una restricción no justificable al circunscribirla a los recursos de origen público, establece el primer inciso del artículo 5.º de la Ley 850 de 2003, lo siguiente:  
"Artículo 5.º. *Ámbito del ejercicio de la vigilancia.* Las veedurías ejercerán la vigilancia en el ámbito nacional, departamental, municipal, y demás entidades territoriales, sobre la gestión pública y los resultados de la misma, trátese de organismos, entidades o dependencias del sector central o descentralizado de la administración pública; en el caso de organismos descentralizados creados en forma indirecta, o de empresas con participación del capital privado y público tendrán derecho a ejercer la vigilancia sobre los recursos de origen público".
- 31 En este sentido la ley 489 de 1998, estableció lo siguiente:  
"Artículo 87. *Privilegios y prerrogativas.* Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.  
No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no

podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas".

- 32 "Artículo 137. *Reparaciones por falla en la prestación del servicio.* La falla del servicio da derecho al suscriptor o usuario, desde el momento en el que se presente, a la resolución del contrato, o a su cumplimiento con las siguientes reparaciones:

137.1. A que no se le haga cobro por conceptos distintos del consumo, o de la adquisición de bienes o servicios efectivamente recibidos, si la falla ocurre continuamente durante un término de quince (15) días o más, dentro de un mismo período de facturación. El descuento en el cargo fijo opera de oficio por parte de la empresa.

137.2. A que no se le cobre el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, si en cualquier lapso de treinta días la frecuencia de recolección es inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo previsto en el contrato para la zona en la que se halla el inmueble.

137.3. A la indemnización de perjuicios, que en ningún caso se tasarán en menos del valor del consumo de un día del usuario afectado por cada día en que el servicio haya fallado totalmente o en proporción a la duración de la falla, mas el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado al suscriptor o usuario, mas el valor de las inversiones o gastos en que el suscriptor o usuario haya incurrido para suplir el servicio.

La indemnización de perjuicios no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito.

No podrán acumularse, en favor del suscriptor o usuario, el valor de las indemnizaciones a las que dé lugar este numeral con el de las remuneraciones que reciba por las sanciones impuestas a la empresa por las autoridades, si tienen la misma causa".

- 33 Ver el caso de la sentencia C-619 de 2002 de la H. Corte Constitucional, para el evento de la responsabilidad fiscal.
- 34 En otros términos, sometida al principio de legalidad.
- 35 En relación con la obligatoriedad y contenido del debido proceso en las actuaciones sancionatorias administrativa, la H. Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994, expresó lo siguiente:  
"Quinta. El debido proceso y la potestad sancionadora de la administración.  
La potestad punitiva del Estado, como se vió

antes, engloba el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración –correctiva y disciplinaria– está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales.

"Toda infracción merecedora de reproche punitivo –ha dicho la Corte– tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia4...".

En similar sentido se pronunció de nuevo la H. Corte Constitucional en sentencia T-438 de 1994, cuando señaló:

"... Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal [...] La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal), sean aplicadas también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propios del derecho penal se predicán también del disciplinario"5.

Sexta. El derecho de defensa y el principio non bis in ídem, referidos a la potestad sancionadora de la administración.

oEl proceso es un instrumento de garantía de justicia y el proceso penal es, además, un instrumento de garantía de la libertad individual. De la misma forma, el procedimiento administrativo, disciplinario o correctivo, constituye la garantía de una decisión justa, adoptada luego de un debate adecuado y regular, surtido con la intervención de los afectados (empleados o particulares), dentro del cual pueden defender eficazmente sus intereses.

- En el artículo 29 de la C. P., se consagran los principios fundamentales a los cuales debe sujetarse la justicia penal o la administración, cuando se requiera la aplicación de una medida punitiva. Esencialmente resultan del texto constitucional la consagración de los principios, *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio*, la presunción de inocencia, el principio del juez natural, el de la inviolabilidad de la defensa y, por supuesto, el principio *non bis in ídem*. Este principio hace parte del cuadro de garantías con que la Carta protege la libertad individual dentro del proceso penal".
- 36 En la sentencia C-167 de 1995 de la H. Corte Constitucional, expresó:  
"Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación".
- 37 En la sentencia C-290 de 2002 de la H. Corte Constitucional, expresó:  
"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que "... ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares...".
- 38 En la sentencia C-263 de 1996 de la H. Corte Constitucional, expresó:  
"Si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados".
- 39 Se dice en la providencia C-263 de 1996, ya citada:  
"3. *Los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se le reconocen a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.*  
Primeramente debe destacarse el significativo avance que entraña el artículo 1.º del CCA en lo atinente al universo de personas habilitadas para desempeñar funciones administrativas, pues como bien se sabe, merced a esta disposición se le reconoció a los particulares la eventual capacidad para cumplir funciones administrativas, y por contera, la posibilidad de acceder a la condición genérica de autoridades. Desde luego que tal preceptiva no correspondió a una gracia o dádiva otorgada por la ley a favor de los particulares, antes bien, lo que se registró allí (Dcto. 01 del 2 de enero de 1984) fue un reconocimiento a la creciente incursión del sector privado en la prestación de servicios públicos tales como la enseñanza, la salud, el transporte, la banca, etc. Disposición que por otra parte no ha sido ni es indicativa de que la prestación de servicios públicos sea *per se* una función administrativa.  
Por manera que, a partir del Decreto 01 de 1984 ya no cabe duda alguna en cuanto a que los particulares que desempeñen funciones administrativas pueden dictar verdaderos actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos previstos en el Estatuto Contencioso o en regímenes especiales, para lo cual la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos".
- 40 En la sentencia C-263 de 1996, citada dice:  
"... Las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al

marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato".

"... Se adecuan a las normas constitucionales los segmentos normativos acusados, porque ellos regulan una materia —el recurso de apelación— que se encuadra en la competencia que tiene el legislador para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, dentro del cual se comprende la facultad para arbitrar mecanismos para la defensa de los derechos de los usuarios. Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos. No puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional".

41 En la sentencia C-037 de 2003 de la H. Corte Constitucional, expresa:

" 4.1.1.2.3 El estado actual de la cuestión. De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas. A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6)<sup>39</sup> lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de

velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

En lo que se refiere a los funcionarios judiciales el artículo 256 numeral 3 señala que Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios<sup>40</sup>.

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1 y 2, 124 C. P.) o excepcionalmente por particulares (arts. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2).

4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, caber precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes<sup>41</sup> llamadas a regir "una y otra materia"<sup>41</sup>.

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado (art. 113 C. P.)<sup>42</sup> así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts. 150, 241, 277 C. P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", en tanto que el artículo 212 superior expresa que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones "función pública" y "funciones públi-

- cas" de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de "funciones públicas" por los servidores públicos.
- Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como "funciones públicas" la administración de justicia (art. 228 C. P.) y el control fiscal (art. 267 C. P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la "función administrativa" (art. 209 C. P.) especie dentro del género función pública".
- 42 Modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001.
- 43 En relación con las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, dispone:
- "Artículo 81. Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:
- 81.1. Amonestación.
- 81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.
- 81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.
- 81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.
- 81.5. Solicitud a las autoridades para que de-
- creten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.
- 81.6. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.
- 81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.
- Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva".
- 44 Según las reglas de interpretación previstas en los artículos 189 y 13 de la Ley 142 de 1994.
- 45 Este principio está consignado en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política de Colombia.
- 46 En el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se define posición dominante, como: "La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".
- 47 En relación con esta causal de competencia desleal consagrada en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, la H. Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997, expresó lo siguiente: "El problema constitucional, realmente, surge en relación con el último grupo de requisitos. La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante, etc.
- Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de

pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.

Por lo que concierne a la frase "o monopolizar la distribución de productos o servicios", no cabe duda alguna que la disposición se ciñe a la Constitución Política".

- 48 En relación con la distinción entre actos y hechos; ver: JUAN CARLOS CASAGNE. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2.ª ed. actualizada, 1981, p. 106.

Dice el autor: "El acto administrativo constituye una declaración queriendo significar con ello la idea de que el mismo es la traducción al mundo exterior de un proceso intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos que denotan siempre un comportamiento material de la Administración Pública".

- 49 En relación con la presentación de recursos contra los actos de todos los proveedores de servicios públicos domiciliarios, el artículo 154 de la ley 142 de 1994, establece:

"Artículo 154. *De los recursos.* El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.

No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.

El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.

De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones

uniformes del contrato.

Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la superintendencia".

- 50 Con excepción de las reglas contenidas en los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994.
- 51 Decreto-ley 01 de 1984.
- 52 Esta última causal no se encuentra consagrada en el artículo 84 del CCA, pero se deriva del tenor literal del artículo 36 del mismo.
- 53 Conforme a las previsiones del artículo 31 de la ley 142 de 1994.
- 54 Establece la norma inmediatamente citada: "Artículo 33. *Facultades especiales por la prestación de servicios públicos.* Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos".
- 55 En relación con este aspecto la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en Auto del 23 de septiembre de 1997, expresó:  
"En otros términos, los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión:  
a. Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b. No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art. 154 inc 1.º). c. Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción

- ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31 inc 2.º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d. El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e. Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa".
- 56 Establece el artículo 1.º del CCA:  
"Artículo 1.º *Campo de aplicación.* Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de 'autoridades'..."
- 57 Tal como se deriva del mandato del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, ya citado.
- 58 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 1999, exp. 15.685, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.
- 59 Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre de 1994, exp. 9575, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, y Auto del 9 de octubre de 1997, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.
- 60 El artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece:  
"Artículo 40. *Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.* El artículo 132 del CCA, quedará así:  
"Artículo 132. *Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.* Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:  
5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".
- 61 Lo deseable, pero no necesario, es que los conflictos originados en contratos sometidos al derecho común sean conocidos por la jurisdicción ordinaria y los conflictos originados en contratos sometidos al régimen especial del derecho público sean sometidos a la jurisdicción de los contencioso administrativo.
- 62 La parte subrayada de este inciso fue declarada exequible, mediante la sentencia C-1048 de 2001.
- 63 La parte subrayada de este inciso fue declarada exequible, mediante la sentencia C-221 de 1999.
- 64 En este caso el término entidad se asume como un genérico que incluye al de empresa, lo que es común en la interpretación de la Ley 142 de 1994.
- 65 En los términos de la Ley 446 de 1998.
- 66 En los términos del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, que es del siguiente tenor literal:  
Artículo 3.º. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:  
"Artículo 31. *Régimen de la contratación.* Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.  
*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa 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.* Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. Resaltado fuera del texto".



67 Ver el párrafo del artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, que es del siguiente tenor literal:

"Párrafo. 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 registrarán 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" –resaltado fuera del texto–.

68 En los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que establece:

"Artículo 40. *Áreas de servicio exclusivo.* Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1.º. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos".

69 El artículo 6.º de la Ley 781 de 2002, establece:

"Artículo 6.º Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 para otros actos y contratos, la gestión y celebración de los actos y contratos de que

trata el Decreto 2681 de 1993 y demás normas concordantes por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento de su capital social, se sujetarán a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo".

70 El H. Consejo de Estado a través de su sección tercera de la Sala de los Contencioso Administrativo, en providencia del 6 de junio de 2002, rad. 11001-03-26-000-2001-0034-01(20634); expresó:

"1. *La competencia del Consejo de Estado para conocer del presente recurso de anulación.*

La naturaleza jurídica del contrato que se sometió a consideración del tribunal de arbitramento cuyo laudo ahora se cuestiona, es la que define la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación interpuesto por Telecom contra el mismo. (arts. 2.º, 70 y 71 Ley 80 de 1993).

Con la transformación de Telecom en una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, –antes era un establecimiento público– vinculada al Ministerio de Comunicaciones, se dispuso que todos los contratos que la empresa celebrara para el cumplimiento de sus objetivos y funciones (a excepción del de empréstito), se someterían al derecho privado y quedaban sujetos a las disposiciones comerciales y civiles, el procedimiento para la formación, celebración, ejecución y terminación de los mismos, no obstante que en los contratos de obras públicas y suministro la administración podía pactar cláusulas exorbitantes (art. 6.º Dcto. 2123 de 1992).

La aplicación de las reglas del derecho privado al convenio de asociación C-0025 de 1993 que Telecom celebró con Nortel para desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido un proyecto de telecomunicaciones, también se desprende de lo previsto en la Ley 37 de 1993, en tanto allí se señaló que en los procedimientos de contratación de los contratos de asociación que se celebren con personas jurídicas nacionales o extranjeras para la prestación de servicios de telecomunicaciones, se aplicarán las disposiciones del derecho privado (arts. 9.º y 10.º).

En este caso, dada la condición de empresa de servicios públicos oficial de Telecom,<sup>70</sup> cabe señalar que la sala ha definido la competencia de esta jurisdicción para conocer de las controversias que se derivan de los contratos que celebren las empresas de su géne-

ro, sin importar que se rijan por el derecho privado<sup>70</sup>, como quiera que no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato y en tanto “solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral”<sup>70</sup>.

De este modo, son *contratos estatales* “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”<sup>70</sup>, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos<sup>70</sup>.

Del hecho de que las controversias contractuales se diriman según las previsiones del derecho privado o el régimen especial de acuerdo con el cual se celebró el contrato y se contrajeron las obligaciones, no se desprende que el juez administrativo deba aplicar las previsiones del derecho procesal privado, pues aquí las normas del procedimiento son las propias de su jurisdicción.

Lo anterior no es un capricho del juez administrativo. La doctrina igualmente encuentra plausible que se mantenga la unidad de jurisdicción cuando se trate de litigios en los que sea parte la administración pública, así actúe sujeta a normas de distinta naturaleza. “La especialización de los jueces constituye el fundamento del orden jurisdiccional administrativo. Pero la presencia de un ente público como parte de la relación, dota a la misma de unas especialidades muy acusadas que hasta se rigen por una normativa que, aunque siga siendo civil, es distinta a la que se aplica a las relaciones entre particulares [...] Estas especialidades pueden justificar esa unidad de jurisdicción [...] Pues, quizás, lo que caracteriza los litigios administrativos, lo que les diferencia de los demás tipos de litigios, es más que la normativa que pueda serles aplicable, la presencia de un ente público, aunque parezca despojado –al menos aparen-

temente– de sus prerrogativas. Por lo que, incluso en estos supuestos, resulta más idóneo el juez administrativo que el civil para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

- 71 El artículo 38 de la Ley 142 de 1994, establece:

“Artículo 38. *Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos.* La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe”.

- 72 En efecto establece el artículo 20 del Código Penal Colombiano, lo siguiente:

“Artículo 20. *Servidores públicos.* Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

- 73 En tal sentido la H. Corte Constitucional en sentencia C-263 de 1996, expresó:

“Diferentes disposiciones de la Ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la Ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos

definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4.º, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados".

- 74 Establecía el artículo 20 de la Ley 190 de 1995:

"Artículo 20. El artículo 138 del Código Penal quedará así:

Artículo 138. *Peculado por extensión.* También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste.

2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales".

- 75 En efecto en el numeral 89.6 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, se establece:

"89.6. Los recursos que aquí se asignan a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" son públicos. Por lo tanto, quienes hagan los recaudos estarán sujetos a las normas sobre declaración y sanciones que se aplican a los retenedores en el Decreto 624 de 1989 y en las normas concordantes o que lo sustituyan; pero deberán haber devoluciones en el momento en que el usuario les demuestre que tiene derecho a ellas. La obligación de los retenedores que hagan el cobro del factor o infractores se extinguirá y cobrará en la forma prevista para las obligaciones que regulan las normas aludidas, en lo que sean compatibles con esta Ley y con la naturaleza de los cobros respectivos; y las moras se sancionarán como las moras de quienes están sujetos a las obligaciones que regulan tales normas". —destacado fuera del texto—.

- 76 "Artículo 665. *Responsabilidad penal por no con-*

*signar las retenciones.* Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo, las sanciones recaerán sobre el representante legal de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado".

- 77 En relación con el peculado por apropiación el artículo 133 del Código Penal, establecía:

"Artículo 133.— *Modificado. L. 190/95, art. 19. Peculado por apropiación.* El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)".

- 78 Ver sentencia C-037 de 2003 de la H. Corte Constitucional.

- 79 En relación con las conductas tipificadas como sancionables por esta vía, el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, establece:

"Artículo 55. *Sujetos y faltas gravísimas.* Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

2. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad,

impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley.

3. Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función.

4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.

5. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación.

6. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos.

7. Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.

8. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

9. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.

10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

11. Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59, parágrafo cuarto, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función.

Parágrafo 1.º. Las faltas gravísimas, sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

80 Expresó la corte en la providencia citada:

"Si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta. Este control administrativo que realiza la Superintendencia es distinto del control disciplinario que la Constitución les asigna a los Personeros Municipales y a la Procuraduría General de la Nación, pues este último se dirige a investigar y sancionar la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos por incumplir los deberes propios del cargo ya sea por omisión o por extralimitación de funciones, como por infringir la Constitución y las leyes. Estos dos controles tienen origen constitucional y no se excluyen entre sí, puesto que su finalidad es distinta, además de que los sujetos sobre los que recae cada uno también difiere, en el primer caso versa sobre las "entidades" que prestan servicios públicos mientras que en el segundo, sobre los empleados públicos o las personas que desempeñen funciones públicas en tales empresas. Bien pueden los Personeros Municipales abrir procesos disciplinarios, contra los empleados públicos o trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos en el municipio respectivo, por violar los derechos de los usuarios, mas no sancionar a las citadas entidades".