

¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?

(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA C 736 DE 2007)*

In memoriam profesor ARTURO FERRER CARRASCO

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

gsanchezluque@yahoo.fr

SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto estudiar las implicaciones de orden conceptual que pudo haber entrañado una reciente decisión de constitucionalidad que, al revisar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, concluyó que las empresas de servicios públicos privadas eran entidades estatales, si había un aporte (sin importar el monto) de carácter público. Al efecto, en una primera parte se expondrá el criterio según el cual las empresas de servicios públicos de naturaleza privada no son entidades estatales conforme a la nueva concepción del servicio público, que propugna que éste no puede asimilarse a una "función pública" en su modalidad "función administrativa" y su recepción a nivel jurisprudencial tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, luego de la expedición de la Constitución de 1991 y de las reformas legales de 1994. En la segunda parte, se analizarán algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en sede de control abstracto, que parecieran dar a entender que

las empresas de servicios públicos privadas son una manifestación de la descentralización administrativa, con especial referencia a la providencia C 736 de 2007 que concluyó que los operadores de servicios públicos domiciliarios privados, en donde haya un aporte estatal, son entidades estatales.

Palabras clave: Concepción clásica del servicio público; nuevo servicio público; servicios de interés general; función pública; función administrativa; empresas de servicios públicos mixtas; empresas de servicios públicos privadas; entidad estatal; descentralización por colaboración; descentralización por servicios; rol del juez constitucional.

ABSTRACT

This article conceptually analyzes all the possible implications that a constitutional decision brought to the legal nature of the mix public service enterprises. Recently, the Constitutional Court concluded that the private public service enterprises are state-owned companies, as long as there is a public input (no matter the amount). Ac-

ording to this, it would be explained (as a new conception of the public service) that the public service enterprises characterized by private nature are not state-owned companies, they cannot be assimilated to a public function in the category of "civil service" and jurisprudence pronouncements after 1991 and all the legal reforms made in 1994 related to this topic. The second part of the article shows in abstract control some Constitutional Court pronouncements, they insinuate that the private public services enterprises are a manifestation of the administrative decentralization and especially the decision C 736/07 concluded that the public services providers corporations, with a public input included, are state-owned companies.

Key words: classic conception of the public service; new public service, public utilities, public function, civil service, mix public service enterprises; private public service enterprises; state entity; collaborate decentralization; service decentralization; constitutional judge duties.

SUMARIO

Introducción

- I. Las empresas de servicios públicos privadas no son entidades estatales
 - A. Los servicios públicos son un capítulo especial de la Constitución Económica
 - B. Los servicios públicos no revisten el carácter de función administrativa según la jurisprudencia de la Corte Constitucional
- II. Las empresas de servicios públicos privadas son manifestación de la descentralización administrativa
 - A. Las empresas de servicios públicos privadas y la descentralización por colaboración

- B. Las empresas de servicios públicos privadas y la descentralización por servicios

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En Colombia no es una práctica nueva recurrir al juez constitucional para que éste "dirima" debates que se plantean en otras instancias judiciales. Y el sector de los servicios públicos domiciliarios no ha sido la excepción. En efecto, con ocasión del gran revuelo que causó una providencia del Consejo de Estado¹ que, al declarar la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la Resolución CRT 028 de 1995, inaplicó por inconstitucionales los artículos 68 y 74.3 lit. d) de la Ley 142 de 1994, fue presentada una demanda ante la Corte Constitucional, la cual finalmente encontró ajustada a la Carta de 1991 la posibilidad de delegar en las comisiones de regulación, la atribución presidencial de formular políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios².

Esta misma "fórmula" se intentó con el propósito explícito de "solucionar" una controversia conceptual que se estaba presentando en punto de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios-E.S.P. mixtas, que había adquirido cierta relevancia jurisprudencial en sede de la justicia administrativa, a efectos de definir el juez natural de sus actuaciones, con ocasión de la adopción del criterio orgánico en la cláusula general de competencia de esa jurisdicción, por virtud de la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

El objeto de las acciones de inconstitucionalidad incoadas era, pues, poner fin

a la polémica entre dos sectores de la jurisprudencia y la doctrina: uno que abogaba por la naturaleza estatal de las empresas de servicios públicos-E.S.P. mixtas y otro que la negaba³.

Según un primer criterio, las E.S.P. mixtas integran la rama ejecutiva del poder público, ya porque configuran una nueva clase de entidad descentralizada por servicios, ora porque son una especie del género sociedades de economía mixta. Esta última fue la tesis adoptada por la mayoría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con base en lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y en un ejercicio de “*transpolación*” de los argumentos expresados por la Corte Constitucional en la Sentencia C 953 de 1999, donde, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97 inciso 2° de la Ley 489 de 1998, esta Corporación había considerado que toda sociedad en donde hubiese participación estatal y privada, sin consideración al monto del aporte público, constituye una sociedad de economía mixta.

A su turno, una segunda postura (minoritaria en el interior de dicha Sección del Consejo de Estado y dominante en la doctrina) estimó que las empresas de servicios públicos mixtas no configuran una modalidad de las sociedades de economía mixta, sino que son una categoría especial del género empresas de servicios públicos domiciliarios, regulado en forma particular por la Ley 142 de 1994, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Constitucional.

Esta disputa conceptual sobre el carácter o no estatal de las E.S.P. mixtas, se quiso zanjar por una vía que parece imponerse en nuestro derecho: recurrir ante la Corte Constitucional, para que ésta determinara

cuál era el planteamiento jurídico que debía de acogerse. Dos demandas de inconstitucionalidad fueron presentadas, una de las cuales puso de presente la “*inseguridad jurídica*” derivada de la falta de definición del tema.

De la lectura de los antecedentes del fallo de constitucionalidad, emitido con ocasión de la interposición de dichas acciones públicas, se infiere sin dificultad que los actores tenían en mente que la decisión de inexecutable sobre los porcentajes legales aplicados a las sociedades de economía mixta, contenida en la citada providencia C 953 de 1999, sería retomada por el juez constitucional, *mutatis mutandi*, y que éste reproduciría dicho criterio frente a los porcentajes fijados por el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 que define a las empresas de servicios públicos mixtas y –de consiguiente– también los declararía no ajustados a la Carta Política.

Empero, la Corte Constitucional no sólo no asimiló a las E.S.P. mixtas con las sociedades de economía mixta (asimilación que, por cierto, encontró inconstitucional), sino que declaró exequible sin condicionamiento alguno los preceptos acusados y, al hacerlo, expuso que, la naturaleza jurídica singular de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, no es óbice para que tanto las E.S.P. mixtas como las E.S.P. privadas ostenten el carácter de entidades estatales, cuando quiera que haya un aporte estatal.

El presente escrito pretende aportar elementos para evaluar los posibles efectos de esta importante sentencia de constitucionalidad, en cuanto hace a la concepción del servicio público en el derecho colombiano, sin que sea del caso, en esta oportunidad, entrar a estudiar las consecuencias que eventualmente pudo haber traído considerar que una E.S.P. privada es una entidad estatal

descentralizada, entre otros asuntos tan decisivos como el derecho aplicable al acto de creación, a su organización, a la actividad que despliega, al régimen de los contratos, a la asuntos presupuestales, fiscales, disciplinarios y laborales, que ameritan –sin duda– un análisis detenido por aparte.

A continuación se expondrán dos posturas: una que se inclina por negar la naturaleza estatal de los prestadores de servicios públicos de naturaleza privada y otra que aduce que son una modalidad de entidades descentralizadas. Enfoques que, por supuesto, no parecen fácilmente conciliables, como que parten de dos concepciones opuestas del servicio público: una que lo entiende como una actividad económica inherente a las finalidades sociales del Estado y otra que lo explica como una especie de función administrativa, que puede ser desplegada por los particulares.

I. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS NO SON ENTIDADES ESTATALES

Con ocasión de la expedición de la Carta de 1991 y su ulterior desarrollo por las reformas legales de 1994, se implantó en el derecho nacional un “nuevo” servicio público, que dejó atrás la noción que lo equiparaba a una simple proyección de la “función administrativa”. Esta concepción, que ha sido expuesta en forma reiterada por la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, entraña la negación del carácter estatal de todo agente privado que concurra en el mercado a su prestación, así éste tenga minoritarios aportes estatales.

A. Los servicios públicos son un capítulo especial de la Constitución Económica

La teoría clásica de los servicios públicos⁴ proclamó que los servicios públicos configuraban una función pública, específicamente en su faceta de “función administrativa”, a partir de una perspectiva netamente estatista y con base en un criterio orgánico o subjetivo.

LÉON DUGUIT, adalid de la escuela realista de Burdeos, aunque reconoce que esta noción resultaba vaga e imprecisa, al no permitir señalar cuáles actividades son servicios públicos, expuso –en célebre texto publicado en su edición francesa en 1913– que dicha idea era fundamental al momento de definir los caracteres peculiares del derecho administrativo:

“La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público.

Lo nuevo es el lugar preferente que esta noción ocupa en el campo del derecho, y la transformación profunda que por tal camino se produce en el derecho moderno.

(...) Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción de Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir.

(...) El poder de dominación persiste siempre; pero no es un derecho subjetivo de que el Estado como persona jurídica sería titular: es ante todo una función social. Esta función social es, en el fondo, el servicio público.

(...) En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse de este modo: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

(...) [E]l derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa, en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y funcionamiento de los servicios públicos⁵.

Por lo mismo, según la concepción francesa del servicio público se imponía una prestación monopólica por parte del Estado, que sólo permitía la prestación indirecta de éste por los particulares por la vía de la concesión, como lo enseñó GASTON JÈZE. Para este otro gran exponente de la "escuela del servicio público", en la Francia de entonces el Estado constituía un conjunto de servicios públicos. Este principio —que el ilustre doctrinante francés consideraba objetivo—

era a su parecer "la piedra angular del derecho administrativo francés"⁶, al punto de definir a éste último como el derecho de los servicios públicos:

"La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público. Decir que en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello sin ningún obstáculo insuperable de orden jurídico"⁷.

Esta tesis, que lograría sus perfiles acabados en la obra de BONNARD⁸, hizo crisis luego de que WALINE⁹ afirmara que un servicio público podía estar asegurado en su cumplimiento por particulares, admisión doctrinaria que implicó "el desmoronamiento o la liquidación del criterio orgánico o subjetivo del servicio público"¹⁰, y de que la saturación de significados múltiples superpuestos y entrecruzados —que denunció CHEVALLIER¹¹— la tornara en una noción inmanejable. No obstante lo cual, tuvo particular recepción entre nosotros en vigencia de la Carta de 1886, por parte de la doctrina¹² y a nivel normativo en las reformas constitucionales de 1936¹³ y 1968¹⁴.

Ahora, desde los mismos trabajos preparatorios de la Constitución de 1991, se advierte cómo el Constituyente quiso abordar los servicios públicos desde una óptica antinómica a la noción tradicional, que ya se había "esfumado" incluso en Francia¹⁵ o,

peor aún, carecía de valor jurídico según DU CORAIL¹⁶.

Las más de tres decenas de proyectos de actos reformativos de la Constitución atinentes a esta materia fueron estudiados por una subcomisión especial de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, dedicada a los temas económicos, y no por la Comisión Tercera que se ocupó de lo relativo a la organización del Estado.

Este dato, que *prima facie* podría parecer anecdótico, tuvo amplias repercusiones en el ámbito normativo, en tanto supuso que –de entrada– el constituyente de 1991 previera un régimen jurídico especial, ajeno a los tradicionales asuntos de distribución del poder público propios de las democracias liberales.

La especificidad de la regulación constitucional de los servicios públicos domiciliarios fue puesta de relieve por los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, en el informe de ponencia sobre régimen económico y finalidad social del Estado al formular una salida constitucional a la crisis que atravesaba el modelo monopólico estatal de prestación, en los siguientes términos:

"En nuestro derecho constitucional el tema de los servicios públicos no ha sido tratado con profundidad ni autonomía (...) nada aparece en la actual Constitución [la de 1886] que se refiera a los servicios públicos en su verdadera dimensión y proyección económica y social.

Ahora, con nuestra propuesta se consigna a nivel constitucional un catálogo sintético, pero completo, de principios, derechos y deberes que deben observar el Estado, las empresas gestoras y los usuarios en relación

con la prestación de los diferentes servicios públicos. Se ha procurado que el mandato constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tengan en la Carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en las relaciones en comunidad.

(...) Estimamos los ponentes que una clara normatización de los servicios públicos permite darles el tratamiento que históricamente se merecen en la sociedad moderna, y que ameritan incorporar la temática a un título y desarrollarlos como capítulos y artículos propios. La filosofía que nos acompaña no es la de avalar actitudes mesiánicas y caritativas del Estado, sino la de jerarquizar esta temática como derecho inalienable, imprescriptible, indelegable del conjunto de la población en ejercicio de su soberanía.

(...) [L]os servicios públicos se encuentran en crisis: macroeconomía de cobertura que implica menor nivel de vida en los sectores pobres, así como una mayor tasa de morbimortalidad, ecológica-sanitaria y política: (que ha ocasionado multiplicidad de protestas cívicas) y desnivel regional por aceptable cobertura pero con una muy baja en las áreas rurales, intendencias y comisarías.

Esta crisis justifica la intervención estatal, pues la insuficiencia e ineficiencia; la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas; unido al total desgüeño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente, una radical gestión estatal de control y vigilancia y, así mismo, obligan a la Asamblea Nacional Constituyente a buscar soluciones realistas y radicales y con visión futurista.

(...) Muchas veces el principio y la letra final constitucional se han quedado escritos esperando su desarrollo legal, sin que éste llegue jamás. No queremos que esto vuelva a suceder con un tema tan vital para el porvenir del país y, es por eso que, contrariando un poco la técnica tradicional, proponemos que sea en la Constitución donde se dejen establecidas, de una vez, las reglas de juego propias a la finalidad social del Estado¹⁷. (Subrayas fuera de texto original)

En consecuencia, el texto constitucional de 1991, al ocuparse de los servicios públicos, optó por una perspectiva antitética a la estatista o clásica. Y al hacerlo le dio un tratamiento económico propio de una economía social de mercado (arts. 1, 365 y 366 CN), con lo que dejó en claro que éste no es más un asunto concerniente a la organización administrativa del Estado (prevista en los títulos V a XI de la Carta), sino que hace parte de lo que podríamos denominar la Constitución Económica de los servicios públicos prevista fundamentalmente en el capítulo V del Título XII de la Carta (arts. 365 a 370).

Conforme a lo anterior, los principios constitucionales que orientan la función administrativa (art. 209 superior) sólo resultan aplicables a los servicios públicos si aquellos son compatibles con su naturaleza. O lo que es igual, la naturaleza de los servicios públicos es diferente a la de la función administrativa, y por ello su régimen no está previsto en la citada Ley 489 de 1998, sino que está consagrado básicamente en las Leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001.

Hay que resaltar que la Constitución reguló el tema de los servicios públicos en un capítulo especial (el quinto) del Título XII de la Carta, epicentro de la denominada

"Constitución Económica", y no en los títulos V a XI dedicados a la organización del Estado, apartado de la Carta justamente que se ocupa de la función pública en general (arts. 122 y ss.) y de la descentralización por colaboración, esto es, la asignación de funciones administrativas a los particulares (inc. 2.º del art. 210 e inc. 3º del art. 123 *ibid.*).

De esta suerte, el artículo 365 CN defiere al legislador la definición de un régimen jurídico singular al cual han de someterse los prestadores, contenido fundamentalmente en las Leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001, distinto de aquel que gobierna las situaciones en las cuales los particulares cumplen funciones administrativas, que tiene estribo en el inciso 2º del artículo 210 CN y que fue desarrollado por los artículos 110 a 114 de la referida Ley 489 de 1998.

Al tiempo que, el artículo 367 Constitucional defiere a una ley especial la regulación de las competencias y responsabilidades en materia de prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario. Por su parte, el artículo 369 superior igualmente encomienda a ese régimen legal singular la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, su protección, las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan los servicios y la participación de los municipios en las entidades o empresas que los presten.

Por fin, el artículo 370 CN dispone que las funciones de intervención económica asignadas directamente al Presidente de la República a través de las dos clásicas manifestaciones de policía administrativa (la regulación y el control), deban ejercerse con sujeción a ese régimen legal especial.

En tanto que el numeral 23 del artículo 150 CN claramente diferencia las leyes que se ocupan del ejercicio de las funciones

públicas (entre ellas la administrativa), de aquellas que versan sobre la prestación de los servicios públicos. Con esta perspectiva, el artículo 3.º de la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades y organismos que integran la administración pública en el orden nacional, acogió la distinción constitucional referida al prever que los principios de la función administrativa sólo se aplican a la prestación de los servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

A este propósito resulta interesante, por su claridad, transcribir las razones aducidas por el constituyente de 1991 para que el legislador regulara por separado las nociones de servicio público y de función administrativa, como finalmente quedó consignada en el citado numeral 23 del artículo 150 superior:

"Es consecuencia lógica y jurídica que estas nuevas atribuciones o potestades del Congreso (determinar el régimen jurídico de los servicios públicos) y del Presidente de la República (señalara las políticas de administración y control de resultados, además de ejercer el control de las entidades) que les otorga el texto constitucional deben aparecer en el articulado correspondiente a las atribuciones del Congreso (hoy, art. 76) y a las funciones del Presidente (hoy, artículo 120). En este sentido, solicitamos respetuosamente a la Asamblea, se incluya estos textos en el articulado correspondiente"¹⁸.

A fin de evitar incertidumbre en cuanto a la regulación de un tema fundamental del nuevo orden constitucional, el Constituyente previó en el artículo 48 transitorio la obligación presidencial de presentar, dentro

de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República, los proyectos relativos al régimen jurídico de los servicios públicos.

Esta preceptiva transitoria estableció una condición resolutive al ejercicio de función legislativa ordinaria del Congreso en materia de servicios públicos domiciliarios, con el designio de adecuar rápidamente el ordenamiento legal con la nueva Carta. Condición que hizo consistir en que si al término de las dos primeras legislaturas el Congreso no expedía las leyes correspondientes, el Presidente de la República pondría en vigencia los proyectos de ley respectivos mediante decretos con fuerza de ley. Esta situación no se presentó y el principio democrático no resultó comprometido gracias a la aprobación por el Congreso de la República de las Leyes 142 y 143 de 1994¹⁹.

Nótese que con este precepto transitorio se buscaba, pues, asegurar el desarrollo legislativo de estos mandatos constitucionales especiales tal y como lo precisó la Comisión en la Constituyente: "*Hacemos énfasis en la aprobación del artículo transitorio que aparece al final del articulado, pues este texto garantiza que esta normatividad constitucional, redactada con todo cuidado y objetividad en beneficio de la paz social y del bienestar del colombiano, no se quede escrita*"²⁰.

Por manera que esta disposición provisional de la Carta de 1991, como muchas de la misma naturaleza²¹, estaba enderezada a lograr que el cambio constitucional (superación de la noción clásica del servicio público e implantación de un nuevo servicio público como capítulo especial de la denominada Constitución Económica) no se quedara en el papel, aunque para ello fuere necesario prever una modalidad, otra más, de decretos constitucionales o reglamentos autónomos.

Atribución normativa transitoria del Presidente que no tiene correspondiente en lo que hace al régimen jurídico de la organización de la Administración Pública. Lo cual devela, una vez más, que —constitucionalmente hablando— no es factible identificar la *nueva noción de servicio público* y el régimen jurídico propio de la descentralización administrativa.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el nuevo modelo de prestación supuso a la vez la constitucionalización de dos derechos colectivos: i) la libertad económica tanto en su acepción de libertad de empresa, como desde la perspectiva de la libertad de competencia, y ii) el derecho del consumidor (artículos 88, 150.21 y 333 CN), derechos que no dicen relación con la función administrativa, sino que atañen a una actividad económica, sometida a una intensa intervención estatal.

Es la implantación en la misma Constitución de un esquema de libre competencia económica, que se impuso sobre la vieja concepción monopólica estatal propia de la perspectiva clásica del servicio público. Modelo que exige un régimen jurídico especial presidido por cuatro libertades: i) libertad de entrada, ii) libertad de acceso al mercado, esto es, a la infraestructura (*essential facilities*), iii) libertad de contratación y formación competitiva de precios y iv) libertad de inversión²². De allí que se trata de, en palabras de CHAHÍN LIZCANO, de "*un régimen de libertad empresa pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho*"²³.

En definitiva, la nueva regulación constitucional del servicio público entrañó, nada menos, una reformulación de nuestro modelo de Estado²⁴, al punto que la cláusula

Estado Social de Derecho encuentra su materialización en los servicios públicos, en tanto estos son considerados inherentes a la misma (art. 365 CN).

Planteadas así las cosas, estamos delante de un nuevo modelo constitucional que implica que los servicios públicos dejaron de ser una expresión del poder de imperio del Estado, como una faceta más de la función administrativa, para convertirse en una actividad económica inherente a su finalidad social y que se despliega en un mercado en competencia, donde el Estado, como director general de la economía (art. 334 CN), se reserva las atribuciones de regulación y control (365 y 370 CN).

La incontestable ligazón de la prestación de los servicios públicos con la cláusula Estado de Estado Social de Derecho (arts. 1, 365 y 366 CN) que autodefine nuestro régimen político, en modo alguno implica la equivalencia de la noción de servicio público con la noción de función administrativa. Si bien es cierto, dicha cláusula tiene evidentes proyecciones en el modelo de organización estatal, en tanto la realización de la idea social del derecho exige una acción constante a través de la legislación y de la administración²⁵, ello no nos puede llevar a confundir toda actividad estatal con la función administrativa, que es apenas una faceta del poder público.

Adicionalmente, de admitir este planteamiento, y como el artículo 1º superior que contiene la cláusula Estado Social de Derecho irradia todo el ordenamiento jurídico²⁶, se seguiría que todo lo que hiciese la administración revestiría el carácter de actuación administrativa, cuando nuestra legislación la autoriza expresamente a desplegar actividades distintas, como son las que desarrollan las sociedades de economía

mixta o las empresas industriales y comerciales del Estado. Estas últimas por ello están sujetas al derecho común y no al derecho administrativo: ¿no repugna, acaso, el ejercicio de una función administrativa con las normas del Código Civil y de Comercio, inspiradas en la autonomía de la voluntad y no en el principio de legalidad que distingue a aquella (art. 6 CN)?.

Es menester subrayar que las normas constitucionales y legales ya no conciben el servicio público como la pieza maestra del derecho administrativo, según la fuerte influencia francesa y por cuya virtud todas sus expresiones, en particular, su ejecución caía en el dominio del derecho público.

Hoy el servicio público es en un asunto fundamentalmente de derecho económico. El derecho administrativo viene, como excepción, a regular situaciones que inevitablemente comportan el ejercicio de funciones administrativas, como son las manifestaciones de policía administrativa o aquellos poderes de imperio que mantuvieron los prestadores en aras del interés general.

En efecto, lo público o administrativo –si se quiere–, lo que el Estado “*mantiene*”, para usar las expresiones del artículo 365 constitucional, son básicamente esas dos facetas de la policía administrativa: la regulación y el control. Por ello la Ley 142 de 1994, en tanto ley de intervención económica, precisa con detalle –tal y como lo ordena el ordinal 21 del artículo 150 CN– los fines, alcances y límites de la libertad económica.

Así lo resaltó la exposición de motivos al Proyecto de Ley 167 de 1992-Senado, a la sazón Ley 142 de 1994, al indicar claramente que se trataba de desarrollar legislativamente el capítulo V del Título XII de la Constitución, sobre la base de un esquema

de mercado en competencia y de la eliminación de los monopolios oficiales:

“Es tanta la importancia que tiene para los colombianos el tema de los servicios públicos domiciliarios, que nuestros constituyentes del año 1991 resolvieron dedicarle todo un capítulo de la Carta.

(...) El proyecto de ley de servicios públicos realiza un desarrollo integral de los preceptos consignados en la Carta Constitucional.

El nuevo régimen de servicios públicos abre un camino promisorio para el logro de los objetivos arriba mencionados [ampliación de la cobertura, continuidad de su financiación, avance del proceso de descentralización y mejoramiento de la gestión], precisando igualmente la relación del sector de servicios públicos con el Estado.

La norma constitucional exige que los nuevos desarrollos legales, hagan previsión en torno a los fines y alcances de la intervención del Estado en el sector de servicios públicos, así como también, los límites de tal intervención en relación al principio de libertad económica consagrado en el artículo 150, numeral 21 de la Constitución.

(...) El sector de servicios públicos cuenta con algunas áreas donde es favorable el fomento de condiciones de competencia entre oferentes del mismo servicio. Las reglas del mercado han sido eficaces en telecomunicaciones y energía donde la competencia es mayor debido a la iniciativa empresarial y la emulación entre proveedores. Como resultado, precios fijados según reglas de mercado se constituyen en señales adecuadas de costos y orientan certeramente la demanda.

La gestión empresarial, cuando se desarrolla en un ambiente competitivo y sin interferencias ajenas a su propósito, prueba ser eficaz y conducir a soluciones eficientes con costos ajustados a las necesidades del servicio. Aún en los servicios de acueducto y alcantarillado es posible encontrar áreas donde puede simularse condiciones de competencia. La gestión independiente de sistemas de acueducto, la subcontratación de zonas o modalidades de servicio, pueden generar un ambiente competitivo en el área de gestión del sector de saneamiento básico.

Existen, además, grandes posibilidades para vincular al sector privado a la prestación de algunos servicios y, adicionalmente, fomentar condiciones favorables a la competencia entre empresas públicas, privadas y mixtas.

Estas perspectivas exigen un replanteamiento institucional del sector de servicios públicos en su conjunto. La Nación debe redefinir su papel para fortalecer instituciones reguladoras que más que definir de manera aislada esquemas tarifarios engloben la gestión de manera integral e involucren los costos al igual que el manejo de precios dentro de un objetivo de mejoramiento de la eficiencia del servicio, disminución de costos, repunte de productividades y aproximación a criterios de mercado.

(...) Una de las razones por las cuales los colombianos no disponen de servicios públicos domiciliarios en cantidad, radica en que no ha habido competencia en el sector en la práctica; éste ha estado sujeto a monopolios oficiales. No ha existido, en la práctica, libertad de entrada al sector de servicios públicos. Y el monopolio oficial limita la posibilidad de vincular recursos a la prestación de los

servicios, pues estos quedan dependientes de las disponibilidades fiscales y, en ese sentido, el monopolio impide la ampliación de la cobertura. El monopolio al mismo tiempo carece de incentivos para ser eficiente, y ello ocasiona que los usuarios tengan que pagar tarifas innecesariamente altas, y recibir servicios de calidad pobre. La principal víctima del monopolio oficial ha sido, entonces, el usuario²⁷ (subrayas no originales).

Conviene no perder de vista que si bien la Constitución impone al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.N.), ello no significa que éste deba ser el prestador. Evidentemente una interpretación en este sentido del precepto constitucional no sólo reñiría con lo allí expresado, sino que además iría en contra de la nueva concepción del servicio público.

A este respecto, la historia fidedigna del establecimiento de estos preceptos constitucionales brinda muchas luces:

"(...) lo anterior no quiere decir de manera alguna que los servicios públicos deban ser prestados de manera directa por el Estado. Pero sí que el Estado estará en la obligación de garantizar el acceso a ellos en términos económicos y eficientes. De allí debe surgir la obligación de una regulación legal económica, que determine las condiciones en que puedan prestar el servicio las empresas, bien sean públicas o privadas, los derechos de los usuarios, las normas para evitar despilfarros e ineficiencias, la forma como se deben estructurar y actualizar las tarifas para evitar abusos y también, al mismo tiempo, para garantizar la viabilidad financiera de las empresas y, en

consecuencia, la continuidad de la prestación del servicio (...)”²⁸ (se subraya).

Sobre los presupuestos constitucionales y legales antes expuestos, la Sección Tercera del Consejo de Estado al ocuparse de estos temas ha considerado que:

“(…) si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en ‘asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional’ (servicio universal) y asegurar no significa prestar.

“Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado ‘mantiene’ o se ‘reserva’, como ámbito de lo no ‘privatizable’ ”²⁹ (subrayas no originales).

Lo dicho da base suficiente para afirmar que el artículo 365 CN despeja cualquier duda sobre la naturaleza del *nuevo servicio público* y su imposible asimilación a una *función administrativa*, cuando en el inciso segundo estatuye que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares.

La prestación directa *lato sensu* tiene lugar cuando una persona jurídica de derecho público lo hace bien bajo una de las modalidades autorizadas por el legislador de 1994: i) Prestadores de servicios públicos de carácter estatal bajo la forma de empresas de servicios públicos-E.S.P. (numeral 15.1 del art. 15 de la Ley 142 de 1994); ii) Las entidades autorizadas para prestar los servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la misma ley (numeral 15.5 del art. 15 y art. 182 *ibid.*) y iii) excepcionalmente como Empresas Industriales y Comerciales del Estado (numeral 15.6 del art. 15, en consonancia con el par. 1° del art. 17 y el art. 180 *eiusdem*)³⁰.

La prestación directa de servicios *strictu sensu*, en contraste, es la que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio (art. 367 CN, numeral 14.14 del art. 14 y art. 6.° de la Ley 142 de 1994)³¹.

Es importante anotar que en ninguno de los dos eventos descritos en los que el Estado presta “directamente” los servicios públicos, estos últimos cambian su naturaleza económica y la truecan por una manifestación de función administrativa, excepción hecha —claro está— de la función de intervención a cargo del ente control prevista en el numeral 6.4 del art. 6° de la Ley 142 de 1994.

A su vez, la prestación indirecta por parte del Estado tiene lugar en todos aquellos eventos en que, sin renunciar al deber de asegurar la prestación, aquel lo hace con la infraestructura de su propiedad y por intermedio de terceros particulares, mediante la celebración de contratos especiales, como podrían ser la concesión, la operación o el arrendamiento, por ejemplo, conforme a lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994. Contratos que en

modo alguno traen consigo que la actividad revista el carácter de función administrativa, ni que ésta sea desplegada vía descentralización por colaboración.

Sobre la base de estas consideraciones, la Ley 142 de 1994 prescribe en el parágrafo de su artículo 39 que los contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos, “o concesiones o similares” se rigen por el derecho privado, salvo el supuesto previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, tal y como quedó modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001³².

De acuerdo con el marco constitucional y legal referenciado, la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma, por demás reiterada, ha puesto de relieve esa concepción económica del servicio público asociada a las finalidades sociales del Estado y su deslinde claro con la función administrativa:

“La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía³³.

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo ‘neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las

*bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final*³⁴.

En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de *función pública*. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otras materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que ‘regirán el ejercicio de las funciones públicas’ de aquellas que se ocupan de la ‘prestación de los servicios públicos’.

En la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos; es así cómo la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (art. 365); se define a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos –regulación y control– y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra con-signado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 CN).

Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor DUGUIT conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos (...)"³⁵.

En el ámbito doctrinario en punto del dilema *servicio público vs. Función administrativa*, el profesor PALACIOS MEJÍA certeramente apunta que:

"(...) puede afirmarse que ni la prestación de los servicios públicos en general, ni la de los 'domiciliarios' en particular, es, necesariamente, y a la luz del artículo 365 de la Constitución, parte de la 'función administrativa'. Esta prestación será actividad estatal, o función administrativa, cuando la Constitución o la ley la encomienden o reserve a las autoridades. Pero lo más que hace el artículo 365 para ello, en los mismos términos que a los particulares. De modo que el particular que presta servicios públicos que no han sido objeto de 'publicatio praevia', por su cuenta y riesgo, no lo hace por 'descentralización, delegación y desconcentración de funciones', y no cumple 'función administrativa' "³⁶.

Sin embargo, el mismo autor observa que:

"Ahora bien: en la medida en que algunas entidades descentralizadas prestan servicios públicos, su actividad puede ser considerada entonces 'función administrativa', pero sólo porque así lo exigen ciertas normas constitucionales y legales. No puede darse a tales normas una aplicación extensiva, por analogía, a situaciones no previstas en ellas.

Por lo demás, las autoridades pueden, naturalmente, tomar la decisión de prestar 'servicios públicos' en concurrencia con los particulares, e inclusive llamar algunos particulares en su ayuda; y solo en tal evento, atendiendo a los textos legales que regulen la actividad específica, podría decirse que los particulares cumplen 'funciones administrativas'. Pero no puede decirse que siempre que un particular presta un servicio público obra como autoridad, o en ejercicio de funciones públicas"³⁷.

El connotado tratadista aparentemente re-toma —con algo de resignación— el *criterio orgánico o subjetivo*, propio de la concepción clásica francesa, al concluir que la prestación de los servicios públicos ostenta el carácter de función administrativa, si es desplegada por entidades descentralizadas por servicios.

En nuestro sentir, si el mandato constitucional contenido en la primera parte del inciso segundo del artículo 365 CN trata al Estado, en tanto prestador³⁸, como un agente más en el mercado de este sector económico, no hay razones valederas para sostener que cuando éste presta un servicio público domiciliario por ese sólo hecho, la actividad (*criterio material*) se transforma automáticamente en función pública-administrativa, cuando justamente lo que persigue el régimen constitucional y legal es la

competencia, sin importar la naturaleza del operador.

Si la Ley 489 de 1998 involucra dentro del sector descentralizado por servicios a las empresas de servicios públicos domiciliarios-E.S.P. oficiales no lo hace porque su actividad sea administrativa, sino porque, a pesar de no serlo (materialmente es un servicio público, vale decir, una actividad económica inherente a las finalidades sociales del Estado), la entidad orgánicamente pertenece a la Administración.

De ahí que, cuando el artículo 84 de la Ley en cita, en consonancia con el literal d) del numeral 2° del artículo 38 *ibíd.*, prevé que las empresas de servicios públicos oficiales (art. 14.5 de Ley 142 de 1994) integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, deja en claro que se someten en principio al régimen legal de los servicios públicos, y sólo en lo no regulado por éste, a la Ley 489 de 1998.

No se puede desconocer que acorde con las voces del artículo 70 de la Ley 489 de 1998 los establecimientos públicos están encargados principalmente de atender funciones administrativas conforme a las reglas de derecho público³⁹, mientras que las empresas industriales y comerciales del Estado, en los términos del artículo 85 *eiusdem* desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado. De suerte que no es la actividad desplegada (función administrativa) lo que determina o no la pertenencia al sector descentralizado por servicios, sino el hecho de que la actividad sea desarrollada por un ente estatal.

Por lo demás, al parecer según la cita transcrita, cuando los particulares son llamados por el Estado en su ayuda para que presten un servicio público, su objeto social

se transforma en función administrativa. Este sería el caso de los contratos de operación de qué trata el numeral 39.3 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 o la situación prevista por el artículo 6.4 *ibíd.*, situaciones que -como ya se explicó- no transforman *per se* la naturaleza de la actividad de servicio público a función administrativa (*criterio material o funcional*). De nuevo surge este interrogante: ¿por qué si son funciones administrativas se gobiernan fundamentalmente por el derecho común?

Ahora bien, la descentralización por servicios no sólo consiste en el ejercicio de funciones administrativas por entidades que despojan al sector central de las mismas para ejercerlas de manera especializada, sino también se trata del otorgamiento de funciones relacionadas con la realización de actividades industriales y comerciales o la prestación de servicios públicos, en concurrencia con agentes particulares. Con toda razón la doctrina estima que:

“Unas son entidades descentralizadas funcionalmente, cuando en ellas se radica de manera definitiva el cumplimiento de funciones administrativas, como los establecimientos públicos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, en tanto que otras son entidades descentralizadas por servicios cuando en ellas se radica la competencia de producir bienes o prestar servicios, tales como las empresas industriales y comerciales, las sociedades de economía mixta, las sociedades entre entidades públicas y los institutos de investigación científica y tecnológica”⁴⁰.

Con todo, es procedente observar que en desarrollo de la prestación de los servicios públicos, los particulares pueden excepcio-

nalmente ostentar prerrogativas de autoridad pública, esto es, desarrollar funciones administrativas, como lo ha admitido la doctrina extranjera⁴¹. En el derecho colombiano, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el ejercicio excepcional de funciones administrativas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios al observar que:

"En todo caso, la regla sentada -esto es qué función pública y servicio público dejaron de ser asimilables- admite excepciones en todas aquellas hipótesis en que la ley 142 de 1994 revistió al prestador del servicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas, es el caso del artículo 31 que permite la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos de los prestadores⁴²; de los artículos 33, 56, 57, 116 a 120 que otorgan unas facultades especiales a los prestadores para la ocupación temporal de inmuebles, imposición de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes que dan lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción en lo contencioso administrativo; del Capítulo VII del Título VIII (arts. 152 a 159) que regula el proceso administrativo especial de defensa del usuario en sede de la empresa, el cual debe interpretarse en consonancia con el C.C.A.⁴³ (derecho de petición, quejas y recursos y silencio administrativo positivo) y de los artículos 140 y 141 atinentes a la terminación, suspensión y corte del servicio (...)"⁴⁴.

La perspectiva económica de la noción de servicio público, propia del Estado Social de Derecho, también ha sido pregonada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

B. Los servicios públicos no revisten el carácter de función administrativa según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Al hacer una revisión panorámica de los múltiples fallos de control de constitucionalidad abstracto⁴⁵ sobre el régimen legal de los servicios públicos, se advierte que la columna vertebral de la Ley 142 de 1994 no ha sido afectada por decisiones de inexequibilidad. Además, ante la contundencia de los mandatos superiores, la jurisprudencia constitucional no ha tenido dificultad para encontrar una vinculación estrecha entre la cláusula Estado Social de Derecho y la noción de servicio público, al punto que ha sostenido que aquella tiene su concreción técnica en éste, que debe verse reflejada en la inversión social prioritaria⁴⁶.

La Corte Constitucional ha puesto de presente que la Carta de 1991 "*no sólo autoriza sino que exige*" una importante intervención del Estado en la economía en general⁴⁷. Al mismo tiempo esa Corporación ha reconocido la especialidad del sector económico de los servicios públicos a partir de las reglas contenidas en el capítulo V del Título XII (arts. 365 a 370), frente a las normas generales de competencia que prevén los artículos 333 y siguientes de la misma⁴⁸. Mercado que exige la intervención estatal básicamente a través de la Superintendencia de servicios públicos, como ente administrativo que tiene atribuciones privativas de rango constitucional, en materia de inspección y vigilancia de los prestadores de servicios públicos⁴⁹, y por medio de la regulación que expiden las comisiones sectoriales⁵⁰.

Merece destacarse que la jurisprudencia constitucional, al estudiar los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución, estimó que no era factible

hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público. A juicio del Tribunal Constitucional, la Carta les otorga a ese par de conceptos un alcance y una naturaleza jurídicos diferentes, al punto que son regulados disposiciones distintas, sin que sea posible asumir la prestación por parte de los particulares a la asignación excepcional de funciones públicas a éstos últimos, puesto que sólo los instrumentos de intervención son manifestación de función pública. En palabras del juez constitucional:

“Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe 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.

(...) 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.

(...) la noción de ‘función pública’ atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3, sic).

(...) no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

(...) Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina⁵¹ y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público⁵².

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, —que en sí mismas corresponden cabalmente al

ejercicio de funciones públicas— mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

(...) En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado⁵³ (⁵⁴).

(...) El artículo 366 se refiere en este sentido no a la determinación de un régimen específico de prestación de los servicios públicos para satisfacer las necesidades insatisfechas que allí se enuncian en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, sino a la determinación de prioridades de la actividad estatal en la solución de dichas necesidades⁵⁵ para garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, señalando en armonía con dichos objetivos que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Ello no implica sin embargo que los servicios públicos mediante los cuales se satisfacen las necesidades allí enunciadas tengan una naturaleza diferente de la de los demás servicios públicos, ni mucho menos que su prestación se transforme en el cumplimiento de una función pública.

Así las cosas la expresión 'servicios a cargo del Estado' no tiene un significado específico en la Constitución que determine un régi-

men o una calificación determinada de un servicio público.

Por lo demás cabe afirmar que todos los servicios públicos en último análisis 'se encuentran a cargo del Estado' pues ellos son 'inherentes a la finalidad social' que la Constitución le atribuye al Estado colombiano.

(...) Así las cosas, ha de concluirse que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario que pueda ejercerse sobre los particulares que prestan un servicio público no cabe derivar de la mención que se haga al artículo 366 superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de cualquier servicio público⁵⁶ (subrayas no originales).

La Corte Constitucional también ha subrayado que la privatización de ciertas entidades públicas, muy usual en el sector de los servicios públicos domiciliarios, no puede confundirse con la asunción de funciones administrativas por los particulares:

"Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la

función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos⁵⁷.

A partir de la clara delimitación conceptual que la jurisprudencia constitucional traza entre las nociones de servicio público y función pública-administrativa, esta Corporación admite que aún hay ámbitos especiales de la prestación del servicio que suponen el ejercicio excepcional de funciones administrativas por los operadores, uso de potestades inherentes al Estado que –por supuesto– debe estar respaldado en una habilitación expresa de la ley.

Así, en la Sentencia C 037 de 2003 antes mencionada, la Corte Constitucional consideró que las facultades especiales que le confiere el artículo 33 de la ley 142 en materia de uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, constitución de servidumbres o enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio, constituyen ejercicio excepcional de funciones administrativas:

“(…) Solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente

en relación con el ejercicio de dichas potestades.

Así por ejemplo en aquellos casos a los que alude el artículo 33 de la Ley 142 (...) el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado –que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción–, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario⁵⁸.

Del mismo modo, este Tribunal ha indicado que la relación empresa-usuario parcialmente se gobierna bajo la égida del derecho administrativo, como es el caso v. gr., de la denominada “defensa de los usuarios en sede de la empresa” por la vía del ejercicio del derecho de petición y recursos (arts. 152 a 159 de la Ley 142 de 1994). Al decir de esa Corporación “[l]as 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 usuarios⁵⁹.”

Planteamiento que está en consonancia con un fallo de constitucionalidad anterior, en el que se indicó que la relación prestador-

consumidor no sólo es contractual, sino también estatutaria o reglamentaria y que tiene una especial significación, en tanto supone una jerarquía funcional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios respecto de sus vigilados⁶⁰.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al revisar las normas del Decreto 2591 de 1991, que regulan la procedencia de la acción de tutela contra particulares, precisó que un particular puede ser considerado autoridad pública si: i) está encargado de la prestación de un servicio público y ii) ejecuta en virtud de ello acto de poder o de autoridad. Dos circunstancias que han de presentarse concurrentemente. Se transcribe el aparte correspondiente, aunque la cita del pronunciamiento en sede tutela que invoca el fallo de constitucionalidad pareciera extender los efectos a otras situaciones:

"La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público –como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior– o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material –con relevancia jurídica– frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial. Al respecto, ha señalado esta Corporación:
(...)

'Es de mérito anotar que el particular puede ser autoridad pública, como por ejemplo cuando está encargado de un servicio público y ejecuta, en virtud de los anterior, acto de poder o de autoridad, sin embargo, el mismo artículo 86 constitucional determinó someterlo a una consideración diferente (...).

'El servicio público de interés general prestado por un particular –como en el caso de servicio de correos–, hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio (CP art. 365)'⁶¹ (se destaca)⁶².

A pesar de lo expuesto, algunas decisiones de este Tribunal parecieran retomar la concepción afrancesada de servicio público al concebirlo como una exteriorización de la función administrativa, al tiempo que aparentemente pasan por alto que la regulación constitucional de los servicios públicos domiciliarios resulta irreconciliable con el "concepto clásico" del servicio público formulado por DUGUIT y JÈZE.

II. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS SON MANIFESTACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La descentralización es uno de los principios que orientan la organización estatal (art. 209 Superior) que entraña, como advierte el profesor IBÁÑEZ NAJAR, el traslado por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, de una función pública a una persona jurídica –de derecho público o de derecho privado– para que en lo sucesivo la ejerzan de manera autónoma y con los recursos que se le entregan para cumplir o a título de remuneración o compensación, pues al fin y al cabo se trata de la imposi-

ción de una carga pública que no se puede soportar *ad honorem*⁶³.

No debe perderse de vista que este principio medular de la organización administrativa, necesariamente parte de un supuesto: el otorgamiento de una función pública en su modalidad administrativa.

A pesar de la claridad y nitidez de los argumentos normativos y conceptuales que han soportado las decisiones de la Corte Constitucional que estiman que los servicios públicos dejaron de ser función pública-administrativa, algunos fallos de constitucionalidad conciben la prestación de los servicios públicos por particulares, como una manifestación de la "*descentralización administrativa*".

Adicionalmente, tampoco hay un criterio uniforme en el interior de estas providencias de constitucionalidad, pues en algunas ocasiones el juez constitucional ha encontrado equivalente la prestación de servicios públicos con la descentralización por colaboración, al paso que en otras parece hacerlo con la descentralización funcional o por servicios.

A. Las empresas de servicios públicos privadas y la descentralización por colaboración

Como es sabido, la *descentralización por colaboración*⁶⁴ consiste en el traslado u otorgamiento de funciones públicas propias de la Administración por virtud de la ley o el reglamento a particulares para que éstos las cumplan con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y las ejerzan en nombre de la Administración⁶⁵.

Esta figura tiene un doble fundamento constitucional i) por una parte, el inciso 3.º del artículo 123 CN, que establece que la

ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio y ii) de otro lado, el inciso segundo del artículo 210 *eiusdem*, que estatuye que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. Se trata en uno y otro evento de asignación de funciones de naturaleza pública-administrativa.

En desarrollo de estos dos mandatos constitucionales, la Ley 489 de 1998, en su capítulo XVI, estableció una serie de condiciones para la asignación transitoria de funciones administrativas (para eventos distintos a los que el propio Constituyente o el Legislador han regulado directamente) que implican, en primer lugar, la expedición de un acto administrativo que determine las funciones específicas que serán encomendadas al particular, las calidades y requisitos que deberá reunir el particular, las condiciones para su ejercicio, la forma de remuneración y la duración del encargo y, en segundo lugar, la celebración de un convenio con el particular mediante un procedimiento de convocatoria pública (art. 111 ordinales 1.º y 2.º de la citada Ley).

Es necesario precisar que la Sala de Consulta, en un concepto de gran significación para la comprensión de este tema, invocó como fundamento normativo de esta institución el artículo 210 superior, en consonancia con las disposiciones de la Ley 489 de 1998, y no el artículo 365 CN, ni en las leyes 142 y 143 de 1994:

"El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los

artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios). Utilizando nuevamente la terminología del contrato de suministro, el consumidor de tales servicios son terceros al contrato, llámense usuarios del servicio, administrados, etc. Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.

El procedimiento que se debe seguir está regulado por la ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública.

La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de ésta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante"⁶⁶ (subrayas fuera del texto original).

Estos requisitos fijados por la Ley 489 de 1998 han de acompasarse a los criterios delimitadores que fijó la Corte Constitucional en Sentencia C 866 de 1999, al estudiar la

constitucionalidad de algunos apartes normativos de los artículos 110 y 111 de la Ley en cita. Entre los presupuestos enunciados por el juez constitucional para que proceda la asignación de funciones administrativas a particulares, es importante destacar los siguientes: i) debe tratarse efectivamente de funciones administrativas y ii) no es posible vaciar de contenido la competencia que se otorga en tanto en palabras del juez constitucional "[s]i, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella —la investidura— perdería sustento jurídico".

Criterios que en modo alguno puede predicarse del sector de los servicios públicos domiciliarios, en tanto no se trata de funciones administrativas y, aun admitiéndolo en gracia de discusión, su otorgamiento *in integrum* supondría el vaciamiento inconstitucional de la competencia, como que el particular entraría a reemplazar totalmente a la autoridad pública⁶⁷.

Pese a ello, algunas providencias de constitucionalidad ejemplifican a la prestación de los servicios públicos domiciliarios por particulares, como un evento de descentralización por colaboración. Así en algunas oportunidades esa Corporación ha señalado que el artículo 365 Constitucional es un evento de "asunción de funciones administrativas por los particulares"⁶⁸; en otras ha asegurado que este precepto es un caso en que la Carta "permite el ejercicio permanente de la función pública por particulares"⁶⁹; mientras que en otra ocasión ha afirmado que la prestación de los servicios públicos configura un evento de "descentralización por colaboración"⁷⁰.

B. Las empresas de servicios públicos-ESP privadas y la descentralización funcional o por servicios

Es hoy verdad averiguada que la *descentralización funcional o por servicios* consiste en el traslado o atribución de funciones públicas o servicios que hace directamente la Constitución, la ley o el reglamento a personas jurídicas de derecho público de carácter administrativo y por lo mismo distintas de la entidad central e inferiores a ésta, los cuales deben ser cumplidos por aquellas con autonomía administrativa, patrimonial y técnica⁷¹.

Como se advierte, tampoco esta modalidad de descentralización se acompasa con las reglas constitucionales y legales que regulan los servicios públicos domiciliarios, habida cuenta que sólo es posible descentralizar funciones administrativas por esta vía a entidades de naturaleza pública y las empresas de servicios públicos-E.S.P. privadas no lo son, no sólo porque la ley así lo prevé sino porque su condición particular repugna con el carácter estatal.

No obstante, la Sentencia C 736 de 2007 M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA con SV JAIME ARAUJO RENTERÍA parece concluir lo contrario, como pasa a verse.

Como ya se resaltó, esta providencia de constitucionalidad fue proferida con ocasión de dos demandas ciudadanas instauradas contra los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y contra los artículos 38.2 literal d) y 68 de la Ley 489 de 1998 (además del 102 de la Ley 489 de 1998 que no importa para el tema que se estudia), lo mismo que contra el artículo 1 del Decreto 128 de 1976, atinente a las sociedades de economía mixta en cuanto a su régimen jurídico.

Grosso modo, los argumentos de constitucionalidad que los actores esgrimieron fueron la violación de los artículos 13, 209 y 210 CN y el objeto de sus escritos de demanda se hizo consistir en que la Corte Constitucional debía definir la naturaleza jurídica de las E.S.P. mixtas, merced a que no había una jurisprudencia uniforme en este punto.

El primer problema jurídico consistía en establecer si las empresas de servicios públicos-E.S.P. mixtas (que no las privadas) eran o no asimilables a las sociedades de economía mixta y el segundo estribaba en definir el régimen de sus trabajadores, asunto este que no será objeto de nuestro análisis en esta oportunidad.

No hay que olvidar que el inciso segundo artículo 97 de la Ley 489 de 1998 había prescrito que para que una sociedad comercial pudiera ser calificada como de economía mixta era necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Este apartado del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, al razonar que si la Constitución no había establecido porcentaje alguno, no podía hacerlo el legislador:

“el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización ‘con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa’, norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo

150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de 'hacer las leyes' dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de 'economía mixta', pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea 'del Estado' o de propiedad de 'particulares' sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada 'mixta', por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.

"De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni 'mixta', sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

"(...) No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus

atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa"⁷².

Argumento de inconstitucionalidad muy discutible, por demás, en tanto entraña una limitación a la amplia libertad conformadora del legislador en el ámbito de la acción del Estado en la economía, como atinadamente se expuso en el salvamento de voto suscrito por los Señores Magistrados ÁLVARO TAFUR GALVIS y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ:

" (...) en el ámbito de la acción del Estado en la economía (arts. 333 y 334) es claro que en la medida en que la existencia de organismos empresariales derivados de la iniciativa estatal-exclusivamente o con participación privada- cumplen una función de intervención debe quedar a la amplia competencia conformadora del legislador la precisión de sus características, para lograr cabalmente los propósitos que han de inspirar la creación de dichos organismos empresariales dentro del contexto constitucional de la libertad de empresa y de la libre competencia.

Es pertinente recordar que en materia de intervención en la economía el principio imperante, en armonía con la configuración constitucional de las relaciones sector público-sector privado es aquel que se enuncia bajo las expresiones 'tanta libertad cuanta sea posible, tanta intervención cuanta sea necesaria'.

Tampoco ha de olvidarse que la libertad de conformación de las entidades en que tenga participación el Estado encuentra fundamento en las disposiciones relativas a los

servicios públicos cuyo régimen compete al legislador, conforme los claros mandatos del artículo 365 de la Constitución, en función de la determinación de los instrumentos que permitan lograr la satisfacción de las necesidades generales de la población.

En armonía con las anotaciones precedentes, acudir en todos los casos en que haya necesidad de intervención en la economía y de acción del Estado como agente directo 'en el mercado', al modelo de la 'sociedad de economía mixta', no surgido del texto constitucional, que implica privilegios y prerrogativas y cargas específicas, es caer en el riesgo de producir artificiales desequilibrios, en favor y en contra, que afectan el recto entendimiento del esquema constitucional de relaciones entre lo público y lo privado, de la intervención estatal y sus finalidades, de la garantía de la iniciativa privada y la competencia en condiciones de igualdad, entre agentes que pueden tener variado origen. Y significa, por contera coartar la libertad de conformación que de los textos constitucionales mencionados tomados en aproximación sistemática surge sin lugar a dudas en favor del legislador.

5. Se pregunta la sentencia que si las entidades en que participan el Estado u otras entidades públicas, con aportes inferiores al 50% del capital no son sociedades de economía mixta que tipo de entidades serían, a lo que ella misma se responde 'no sería ni estatal, ni de particulares, ni mixta, sino de una naturaleza diferente no contemplada en la Constitución'.

Al respecto cabe señalar que precisamente la configuración de estas entidades la ha dejado el Constituyente al legislador, dentro del

marco por él mismo trazado, el cual a nuestro juicio no se altera por el que legislador haya querido darle a la noción sociedades de economía mixta una connotación determinada específica y permitir que haya sociedades en las que participe el Estado, conjuntamente con particulares, que se sujeten dentro del marco de las sociedades comerciales, a las mismas reglas de las sociedades comerciales con las particularidades que, derivadas de la intervención estatal, se fijen en el correspondiente contrato social.

Naturalmente que la sujeción a las características y consecuencial régimen derivados de la conformación como sociedades comerciales, de las que ostenten aporte estatal inferior al 50%, no empiece la aplicación de los controles derivados de la participación estatal y de la pertenencia del respectivo aporte de capital al Estado; dichos controles, en los términos de la ley general sobre control fiscal, deben centrarse en los aportes estatales y en las utilidades generadas de los mismos" (se subraya).

Al abordar las sociedades de economía mixta, la providencia C 736 de 2007 que se examina precisa que la vinculación de éstas a la rama ejecutiva del poder público y su condición de entidades descentralizadas implica varias consecuencias que emergen de la propia Carta Política⁷³.

El juez constitucional en esta oportunidad concluyó que si bien la participación concurrente de capital público y privado es el rasgo esencial y determinante de la calificación de una entidad como sociedad de economía mixta, de ello no se sigue que todas las sociedades en que haya aportes estatales y particulares deban reguladas por idéntico régimen legal.

En tal virtud, el fallo *sub examine* rechaza la equiparación de las E.S.P. mixtas con las sociedades de economía mixta, al reconocer el carácter especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios⁷⁴, según lo dispuesto por los artículos 365 y 367 CN, al retomar de alguna manera lo consignado en el salvamento de voto antes transcrito:

"De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial".

En este mismo sentido se había pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al encontrar que el régimen y naturaleza jurídicos de los prestadores de servicios públicos es especial, por expreso mandato del inciso segundo del artículo 365 Superior, que como ya se indicó hace parte del capítulo V del Título XII de la Carta, contenido de la que líneas arriba denominamos Constitución Económica de los servicios públicos y que además es ratificado por los artículos 367, 369, 370 y 150.23 *eiusdem*. Razonamien-

to que, adicionalmente, está soportado en la Ley 142 de 1994, a partir de una combinación de criterios hermenéuticos (lógico, textual, histórico y sistemático). Dijo el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al concluir que el género "E.S.P." constituye una nueva tipología de persona jurídica en el derecho colombiano:

"La Constitución de 1991 defirió al legislador, en el inciso segundo de su artículo 365, la definición del régimen jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, el cual fue adoptado en la ley 142 de 1994. Régimen jurídico que, entonces, exige por preciso mandato constitucional que en su interpretación y aplicación se parta de su carácter especial, según las voces del artículo 5 de la ley 57 de 1887 en consonancia con el artículo 186 de la propia ley 142 (*lex specialis derogat legit generalis*)⁷⁵.

Este texto legal se estructuró sobre la base de un mercado en competencia fuertemente intervenido por el Estado, y cuyos ejes temáticos son dos: por una parte los usuarios y por otro lado, los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Frente a estos últimos, esta ley prevé que por regla general deben constituirse como '*empresas de servicios públicos*' y sólo por excepción pueden revestir otras modalidades vgr. Prestador directo, empresa industrial y comercial del Estado, etc. Así lo indicó la exposición de motivos de esta ley al señalar que '[e]l proyecto supone que, por regla general, son '*empresas de servicios públicos*' las que han de prestar los servicios a los que se aplica la ley' (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*)⁷⁶.

A esta conclusión también se llega a partir de la lectura sistemática de la ley 142, en especial de sus principios generales (capítulo

1 del Título preliminar: arts. 1 a 13), de sus definiciones especiales (capítulo II, art. 14), del Título I atinente al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios (particularmente de los artículos 15, 17 y 19), como del régimen de transición contenido en su título X.

Asimismo, la ley 142 en el apartado dedicado a las personas prestadoras de servicios públicos (título I), también dejó en claro que esta preceptiva privilegia la prestación por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios (en cualquiera de sus modalidades: públicas, privadas o mixtas) y sólo por excepción la permite por parte de otro tipo de operadores.

(...) Nótese que el precepto transcrito [artículo 15 de la Ley 142 de 1994] sigue la línea de determinar que las empresas de servicios públicos son el prestador por antonomasia y los otros prestadores los operan de manera excepcional⁷⁷:

(...) Sobre esta base, esto es que la operación de los servicios públicos recae prioritariamente en esa nueva tipología jurídica que constituye el género ESP y que tan sólo por vía excepcional puede adelantarse la prestación mediante las otras modalidades permitidas por el legislador, la ley 142 establece en el capítulo I (Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos) de su Título I (De las personas prestadoras de servicios públicos) varios preceptos relativos a la denominación de esa nueva persona jurídica. Así el artículo 17 al ocuparse de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos las define como 'sociedades por acciones' (S.A.), a su vez el numeral 19.1 del artículo 19 *eiusdem* que se ocupa del régimen jurídico de las

empresas de servicios públicos prescribe que '[e]l nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras 'empresa de servicios públicos' o de las letras 'E.S.P.' (se subraya), por su parte el numeral 19.15 señala que '[e]n lo demás, las empresas de servicios públicos se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas' (S.A.)

En la misma línea los numerales 14.5, 14.6 y 14.7 de la citada ley al definir las distintas modalidades de empresas de servicios públicos pone el acento en el porcentaje de los aportes, tal y como sucede con el modelo societario anónimo (S.A.)⁷⁸.

Conviene observar que en el salvamento de voto al pronunciamiento de constitucionalidad en estudio, se asegura que las empresas de servicios públicos mixtas son una modalidad de las sociedades de economía mixta. El voto particular juzgó que: "la jurisprudencia de la Corte ha sido clara al considerar sociedades de economía mixta a todas aquellas con participación de capital privado y público independiente del porcentaje de participación del capital público en la conformación del capital social".

El Magistrado disidente había participado –en condición de Ponente– de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en el sentido que la sociedad de economía mixta es una modalidad societaria "proscrita" de la ley 142, contenida en la Sentencia C 558 de 2001 (y la que tan sólo aparece una vez citada en el resumen de los antecedentes de la providencia C 736 de 2007 de marras). En esa oportunidad el juez constitucional, en la *ratio decidendi* del fallo de constitucionalidad, expuso que:

"La Sala prohija 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 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 visto) 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 142/94). 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 388/97). 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 anteriores⁷⁹.

En ese orden de ideas, el juez constitucional determinó que no es admisible identificar las E.S.P. mixtas con las sociedades de economía mixta, toda vez que: i) el 365 CN impide asimilarlas, ya que son entidades de tipología diferente según el legisla-

dor (argumento realmente de estirpe legal, aunque constitucional en apariencia); ii) La diferencia de régimen se justifica, dice la providencia referida, por el lucro que los particulares buscan.

A continuación la referida providencia de constitucionalidad cita el artículo 267 de la CN sobre el control fiscal, para concluir que:

“Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las *‘entidades que manejen fondos o bienes de la Nación’*. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica” (negritas y subrayado originales).

A nuestro juicio, el artículo 267 constitucional no hace relación a “entidades” en sentido amplio (incluidas las de carácter privado) que manejen recursos públicos, como parece concluir el fallo. Este precepto alude a dos eventos distintos: i) Administración *lato sensu* (la cual involucra la descentralización por colaboración, situación no predicable de los particulares que prestan servicios públicos como ya se señaló) y de particulares que manejen recursos públicos, hipótesis en la que sí estarían incursos los prestadores privados –entre otros eventos– en tratándose de los subsidios⁸⁰.

Sin embargo, el proveído de constitucionalidad antes mencionado luego invoca el artículo 150.7 Constitucional, con lo

cual pareciera afirmar que todas la E.S.P. (públicas, privadas y mixtas) son entidades descentralizadas por servicios.

Más adelante, el pronunciamiento de constitucionalidad explica por qué entra a dirimir una controversia hermenéutica al definir unas “*divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar*”:

“la redacción de las anteriores disposiciones [alude a los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994] contempla expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas ‘empresa de servicios públicos mixta’, y ‘empresa de servicios públicos privada’, sobre cuya naturaleza jurídica se han presentado divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar.

Estas divergencias interpretativas en torno de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se hacen patentes cuando se encuentra que, con base en estas disposiciones, distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta⁸¹ (...).”

Es preciso tener en cuenta dos peculiaridades del fallo: i) entra a dirimir una controversia hermenéutica de orden legal y, de consiguiente, ii) los argumentos son estrictamente legales y no constitucionales, aunque paradójicamente la misma Sentencia C 736 de 2007 subraya que acorde con el 150.7 hay libertad de configuración legis-

lativa en materia de determinación de la estructura de la administración.

La Corte declaró la exequibilidad pura y simple de las dos normas acusadas (los porcentajes previstos en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994 que define las E.S.P. mixtas y la expresión “*mayoritariamente*” de la definición de E.S.P. privadas contenida en el artículo 14.7 *eiusdem*), al estimar que el artículo 150.7 superior lo permite. Si ello era así, y se trataba de un tema de libre configuración legislativa, ¿por qué entrar en el fondo de un asunto interpretativo de rango legal?

En el numeral 5.3 del fallo en estudio, la providencia afirma que tanto las E.S.P. mixtas y como las E.S.P. privadas en donde haya un aporte estatal (“*cualquier porcentaje de participación pública*”) son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la rama ejecutiva. Una vez más, insiste en que el artículo 150.7 CN pone en manos del legislador la conformación de la estructura de la administración e infiere que todas (públicas, privadas o mixtas en las que haya un aporte público) son entidades estatales, pero ¿por qué?, ¿quizás porque todas son manifestación de la descentralización administrativa funcional o por servicios?

A continuación, la Sentencia C 736 de 2007 hace un estudio estrictamente legal de los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, y de los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 para concluir que tanto las E.S.P. mixtas como las E.S.P. privadas que tengan aportes estatales hacen parte de la rama ejecutiva. El fallo de constitucionalidad aduce que no integrar la rama administrativa implica “*la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución*”, ¿a cuáles consecuencias alude el Tribunal Constitucional?, ¿se refiere a las

seis que adujo respecto de las sociedades de economía mixta?, pero ¿acaso no se trata de entidades que no son equivalentes desde la perspectiva de la Constitución?

Dijo la Corte Constitucional:

"Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que *mayoritariamente* pertenece a particulares, lo cual, *a contrario sensu*, significa que *minoritariamente* pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que *minoritariamente* pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada 'entidades descentralizadas' resulta constitucionalmente cuestionable, *toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.*

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2.º del artículo 38 es del siguiente tenor:

'Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

...

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (Lo subrayado es lo demandado)

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las '*demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público*', categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión '*las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios*' contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del

poder público" (negritas y subrayado originales, cursivas nuestras).

La decisión de constitucionalidad concluye con un razonamiento de naturaleza estrictamente legal: La solución a su juicio se encuentra en el literal g) del numeral 2.º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, conforme al cual integran el sector descentralizado por servicios las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Desde esta perspectiva legal, el pronunciamiento de constitucionalidad asegura que en el supuesto normativo del literal g) se subsumen las empresas de servicios públicos mixtas o privadas [respecto de éstas últimas ya no precisa si han de tener o no aporte estatal] "*como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional*". Afirmación que aparece reiterada, con otras palabras, al concluir el apartado 5.3.1 de la parte considerativa del fallo, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998:

"Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas '*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*' (Subraya la Corte). Así las cosas, de

manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad" (resaltado del fallo).

Ahora, por lo que hace relación al impacto que ha tenido este fallo de constitucionalidad⁸² es importante destacar que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en acato a la decisión C 736 de 2007 de la Corte Constitucional, en un principio conoció—después de dicha sentencia—demandas contra E.S.P. mixtas, bajo el entendido de que se trata de entidades estatales.

En un primer pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que su criterio mayoritario, en el sentido de que las E.S.P. mixtas forman parte de la rama ejecutiva del poder público y que por lo mismo son objeto de control de la jurisdicción contenciosa y no de la ordinaria, fue "*reafirmado*" por la Corte Constitucional en la citada sentencia de constitucionalidad⁸³.

Luego, la misma Sección indicó que las E.S.P. mixtas son entidades estatales prestadoras de servicios públicos que hacen parte del género prestadores de servicios públicos domiciliarios y que en cuanto respecta a su naturaleza jurídica se acogía al criterio de esa Sala, así como a la Sentencia C 736 de 2007 de la Corte Constitucional⁸⁴.

En otro recurso de anulación de un laudo arbitral, también esa Sección Tercera—respetuosa de la tesis mayoritaria de dicha Sala así como de la decisión de la Corte Constitucional (que transcribió *in extenso*)—definió que era competente para conocer el asunto, en atención a que las E.S.P. mixtas son entidades públicas "*según señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C 736 de 2007*", en tanto esta última decisión zanjó la dis-

cusión sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, con fuerza de cosa juzgada constitucional⁸⁵.

Por otra parte, esa misma Corporación -igualmente en cumplimiento de dicha providencia de constitucionalidad- estudió varios procesos en que hace parte una empresa de servicios públicos privada con aportes públicos (sin importar el monto), sobre la base de que se trata de una "entidad estatal"⁸⁶. En esta oportunidad la Sala se limitó a obedecer el pronunciamiento de constitucionalidad.

Sin embargo, el Señor Consejero de Estado MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, al aclarar su voto en esta última sentencia, rectificó lo afirmado en tres providencias de la Sala con ponencia suya y manifestó que resultaba innecesario e inútil invocar ese fallo de constitucionalidad para determinar la competencia del juez administrativo, "puesto que las consideraciones que le sirvieron de soporte acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto no resultan vinculantes y desafortunadamente no aportan claridad en esa materia".

La aclaración de voto subrayó, además, que el pronunciamiento de constitucionalidad no explica las razones en que se apoya para aducir la naturaleza jurídica especial de las ESP. Destacó que la sentencia de constitucionalidad aparentemente se aproxima a la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado, "la misma que sin fundamentación alguna calificó de inconstitucional", al sostener y anunciar que las empresas de servicios públicos mixtas y privadas son entidades descentralizadas, sobre la base de "un análisis eminentemente legal, que no constitucional" a partir de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Al concluir el Señor Magistrado FAJARDO GÓMEZ anotó que las normas acusadas

"no sufrieron alteración alguna en cuanto a su contenido y, por tanto, seguirán rigiendo normalmente hacia el futuro", dado que se trata de una sentencia de constitucionalidad pura y simple y que -a su juicio- todo lo demás expuesto por la Corte "no pasa de ser un obiter dictum que en cada caso concreto podría ser valorado por el juez de la respectiva causa".

Esta posición disidente, fue adoptada más tarde por la Sala, en auto de 3 de diciembre de 2008, Rad. 11001032600020070007000, Exp. 34.745, Actor: Movil Tech S.A., Demandado: Colombia Móvil S.A. E.S.P. M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, al declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, sobre la base de que un conflicto suscitado entre una empresa de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente privada (50% más una acción) y una sociedad anónima comercial, al no involucrar entidad estatal alguna, no era de competencia de la justicia administrativa.

CONCLUSIONES

El trascendental fallo de constitucionalidad objeto de estas reflexiones arroja algunas paradojas y no pocos interrogantes:

- i) Las demandas de inconstitucionalidad partieron del supuesto según el cual las E.S.P. mixtas eran una especie del género "sociedades de economía mixta" y que, por contera, los porcentajes previstos en la Ley 142 de 1994 también debían ser declarados inexecutable como sucedió con anterioridad respecto de éstas. Empero, la Corte Constitucional desechó este argumento y precisó que las empresas de servicios públicos están

sometidas a un régimen constitucional singular (365 y 367). La decisión de constitucionalidad pareciera así dar la razón a la opinión disidente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que estaba apoyada en la doctrina nacional dominante en materia de servicios públicos.

- ii) Si bien la Corte Constitucional concluye que las E.S.P. mixtas no son equiparables a las sociedades de economía mixta, el pronunciamiento de constitucionalidad adopta un enfoque que termina por aproximar estos dos tipos societarios: si hay dineros públicos -sin considerar el monto- en una empresa de servicios públicos, ésta reviste el carácter de estatal (en consecuencia, luego de este fallo, podrían denominarse E.S.P. "mixta estatal" y E.S.P. "privada estatal").
- iii) Los ciudadanos no demandaron la inconstitucionalidad de la naturaleza jurídica de las E.S.P. privadas, sólo acusaron la expresión "*mayoritariamente*" y los porcentajes de las E.S.P. mixtas. A su vez, la Corte declaró exequibles en forma pura y simple los numerales 14. 6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, que prevén las definiciones de empresa de servicios públicos mixta y de empresa de servicios públicos privada.

Si la *ratio decidendi* se identifica a partir del problema jurídico formulado por el actor y que realmente analizó y resolvió la Corte, en la medida en que esta es la única manera de establecer la racionalidad de la decisión, ¿realmente las E.S.P. privadas son en adelante entidades estatales?

Nos preguntamos, igualmente, ¿guardan unidad de sentido las consideraciones del fallo según las cuales una E.S.P. pri-

vada es una entidad estatal con el *decisum* contenido en la parte resolutive, que declara la exequibilidad pura y simple de una norma que propone una definición de empresa de servicios públicos privada, como aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares y por lo mismo no es oficial ni mixta?⁸⁷

Acaso ¿las aseveraciones de la providencia que llevarían a concluir que el nuevo servicio público quedó atrás y fue reimplantada vía jurisprudencia su acepción clásica integran la *ratio decidendi* del fallo y por lo mismo hacen tránsito a cosa juzgada y tienen efectos vinculantes?, o ¿se trata de motivaciones incidentales que constituyen un mero *dictum* que no es obligatorio sino persuasivo?

- iv) La Corte Constitucional ha debido modular los efectos del fallo. Si no es así, ¿cómo se entiende que una sociedad siga conservando el calificativo de "privada" —en una norma que por demás se ocupa de formular definiciones como es el artículo 14 de la Ley 142 de 1994— pero, simultáneamente, según algunas consideraciones del pronunciamiento de constitucionalidad se entienda que es una entidad estatal, con prescindencia del monto del aporte público?, o peor aún ¿sin que lo haya?
- v) ¿Una empresa de servicios públicos privada se convierte en una entidad pública si —v.gr.— a la muerte de uno de sus socios minoritarios y a falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos, cónyuges e hijos de los hermanos lo sucede el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según lo ordena el artículo 1051 del Código Civil?

vi) Se buscaba poner fin a una discusión judicial en torno a la naturaleza estatal o no de las E.S.P. mixtas, en sede de control de constitucionalidad abstracto, que en efecto terminó, pero se abrió otra de impredecibles consecuencias: ¿la prestación de los servicios públicos domiciliarios por particulares (incluso si no hay aportes estatales) constituye manifestación de la descentralización administrativa?

vii) ¿Era relevante desde la perspectiva constitucional un debate conceptual de naturaleza estrictamente legal?

No parece conveniente convertir al juez constitucional en "órgano de cierre" de toda controversia judicial, menos aún cuando ésta es estrictamente legal y legales son, por lo mismo, los argumentos que soportan la decisión que finalmente adopta.

viii) Si los razonamientos de la Corte Constitucional, que la llevaron a considerar que las ESP mixtas son entidades públicas, son eminentemente legales ¿vinculan con carácter de decisión de "constitucionalidad"?

Si tampoco hay consideración alguna de orden constitucional que soporte la afirmación —que además aparece de manera insular en la providencia— conforme a la cual una empresa de servicios públicos privada es una entidad estatal ¿tiene fuerza vinculante con alcances de cosa juzgada constitucional esta aseveración?

ix) ¿Seguimos anclados a una visión del derecho administrativo edificada a partir de la noción francesa de servicio público?:

Si la teoría del servicio público, esbozada en el *arrêt Blanco*⁸⁸ y consolidada en

el *arrêt Terrier*⁸⁹, fue superada en el derecho colombiano, por virtud del nuevo modelo constitucional y legal de los servicios públicos, ¿por qué continuar denominando "falla del servicio" al título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado por antonomasia?

¿Hay que reconsiderar dentro del léxico del derecho público colombiano las expresiones "servidores públicos" (art. 123 CN) y "descentralización por servicios" (art. 210 *eiusdem*), habida consideración que provienen etimológicamente de una noción que se dice revaluada?

¿Qué significado tiene en sede de amparo constitucional la locución "servicio público", cuando el artículo 86 Superior *in fine* prevé que la tutela procede contra particulares encargados de la "prestación de un servicio público", como si se tratase de verdaderas autoridades públicas, sujetos pasivos por excelencia de esta acción?

¿La clásica concepción del servicio público tan solo se sigue utilizando en la retórica política y jurídica como ese "mito legitimante" que denunciara CHEVALLIER?, o ¿estamos ante ese "Lázaro jurídico"⁹⁰ que resucitó, como lo pregonaron LATOURNERIE y DE LAUBADÈRE?

x) No se trata de un asunto meramente nominal: es hora de volver a pensar los pilares fundamentales del derecho administrativo. Si esta rama del derecho dejó de ser el derecho de los servicios públicos, llegó el momento de replantear sus bases conceptuales, para así identificar cuál es su nueva piedra angular, y a partir de ella reconstruir sus elementos definidores.

En definitiva, el derecho administrativo de un país está dominado por las ideas

políticas que prevalecen en determinada época, en palabras del maestro GASTON JÈZE. Si la Carta de 1991 y sus desarrollos legales de 1994 abandonaron el criterio según el cual el Estado constituye un conjunto de servicios públicos, hay, entonces, que cambiar radicalmente la manera de tratar los problemas del derecho público de hoy y, de paso, doblegar la fuerza de la costumbre que mantiene una terminología motivo de confusión, parafraseando al mismo autorizado expositor.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO, GASPAS, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)", en VVAA, *El nuevo servicio público*, Programa de Estudios de Regulación Económica-PERE, Marcial Pons y Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 48, 4 de abril de 1991, p. 12, *Gaceta Constitucional*, n.º 53, 18 de abril de 1991, pp. 2 a 6 y *Gaceta Constitucional*, n.º 85, 29 de mayo de 1991, pp. 21 y 22.

ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen de los servicios públicos domiciliarios-En el contexto de la doctrina constitucional*, Biblioteca Jurídica Diké y Andesco, Bogotá, 2008.

BONNARD, FRANÇOIS, *Précis de droit administratif*, Paris, 1934.

Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 162, 17 de noviembre de 1992, año I.

Consejo de Estado, Jurisprudencia, disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/>

Corte Constitucional, Sala Plena, Jurisprudencia, disponible en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

CHAHÍN LIZCANO, GUILLERMO, *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos*, Bogotá, E.E.B., 1998.

CHEVALLIER JACQUES, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 3.º ed., Paris 1994.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, "Tres postulados para el nuevo servicio público" en VVAA, *El nuevo servicio público*, Programa de Estudios de Regulación Económica-PERE, Marcial Pons y Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

DUGUIT, LÉON, *Las transformaciones del derecho público*, trad. ADOLFO POSADA, Librería Española y extranjera, Madrid, 1926.

DUGUIT, LÉON, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. ACUÑA, Librería Española y extranjera, Madrid, 1926.

EISSENMANN, CHARLES, *Cours de Droit Administratif*, t. 1, Librairie Générale de droit et jurisprudence, Paris.

HERNÁNDEZ MORA, ALBERTO, "La noción de servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)", en VVAA, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, t. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 255 y ss.

GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 9.ª reimpresión, 1995.

IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Ed. Legis & Justicia y Desarrollo, Bogotá, 2.ª ed., 2007

JÈZE, GASTON, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, ts. I y II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, trad. JULIO SAN MILLÁN ALMAGRO.

LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public*, ECDE, 1960.

MURATORIO, JORGE I., "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en VVAA *Estudios sobre la reforma*

- constitucional (Juan Carlos Cassagne director), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 97 y ss.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*, Editorial Derecho vigente, Bogotá, 1.ª ed., 1999.
- PAREJA, CARLOS H., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Editorial Andes, Bogotá, 1937.
- PRAT, JULIO, "Los servicios públicos" en *VVAA El derecho administrativo en Latinoamérica*, t. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 236 y ss.
- RIVERO, JEAN, *Précis de droit administratif*, Paris, 1973.
- RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Estructura del poder público en Colombia*, 10.ª ed., Temis, Bogotá, 2006.
- SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO et ál., "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.
- SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 18, agosto de 2004, Universidad Externado de Colombia, pp. 77 y ss.
- SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 19, septiembre de 2004, Universidad Externado de Colombia, pp. 41 y ss.
- SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas: un debate jurisprudencial y doctrinario abierto", en *VVAA, Naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas*, Grupo I.S.A., Medellín, 2006, pp. 107 y ss.
- Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales 'Gerardo Molina'-UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, *Servicios Públicos Domiciliarios: Calidad de Vida y construcción del Estado Social de Derecho*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
- VELILLA, MARCO ANTONIO (comp.), *Los servicios públicos como instrumentos de cohesión social del Estado*, Biblioteca Millennium, Colección Derecho Económico y de los negocios, Bogotá, 2005.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, "Mito y realidad del servicio público", en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica*, t. IV, Edición Guillermo Sánchez Luque et. al, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.
- WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1954.
- * Contexto: *Revista de Derecho y Economía*, n.º 25, 2008, pp. 57 a 100.
- 1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 1997, Exp. 11857, actor: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, demandado: Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, M.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.
 - 2 Corte Constitucional, sentencias C 272 M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y C 444. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, ambas de 1998.
 - 3 Para un estudio de dicha discusión, con una exhaustiva referencia doctrinal y jurisprudencial, vid. SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas: un debate jurisprudencial y doctrinario abierto", en *VVAA, Naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas*, Grupo I.S.A., Medellín, 2006, pp. 107 y ss.
 - 4 PALACIOS MEJÍA sostiene que la expresión "servicios públicos" aparecía ya en ciertos documentos que la Corona española produjo para sus colonias [según lo advirtiera GABRIEL ROJAS ARBELÁEZ]: PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*, Ed. Derecho Vigente, Bogotá, 1999, 1ª ed., p. 6.
 - 5 DUGUIT, LEÓN, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo Posada, Librería Española y extranjera, Madrid, 1926, pp. 85, 86, 92 y 105. En el mismo sentido se pronunció el mismo autor sobre el concepto de servicio público en DUGUIT, LEÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. Acuña, Librería Española y extranjera, Madrid, 1926, p.

- 71 y ss. Para un estudio a fondo del pensamiento de DUGUIT, vid. EISSENMANN, CHARLES, *Cours de Droit Administratif*, t. I, Librairie Générale de droit et jurisprudence, Paris, pp. 25 y ss.
- 6 JÈZE, GASTON, *Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo I-La técnica jurídica del derecho público francés*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, trad. JULIO SAN MILLÁN ALMAGRO, p. XL (prefacio del autor a la edición argentina).
 - 7 JÈZE, GASTON, *Principios Generales op cit., t. II, La noción de servicio público-Los agentes de la Administración Pública*, p. 4.
 - 8 BONNARD, FRANÇOIS, *Précis de droit administratif*, Paris, 1934.
 - 9 WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1954, p. 673.
 - 10 Sobre esta concepción tradicional del servicio público, ampliamente soportada en la doctrina francesa vid. PRAT, JULIO, "Los servicios públicos" en *VVAA El derecho administrativo en Latinoamérica*, t. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 229 y ss.
 - 11 CHEVALLIER JACQUES, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 3^e édition, Paris, 1994, p. 3: «La notion de service public est difficile à cerner: utilisée dans des champs conceptuels très diversifiés, elle est saturée des significations multiples qui se superposent, renvoient les unes aux autres, et entre lesquelles le glissement est constant».
 - 12 PAREJA, CARLOS H., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Editorial Andes, Bogotá, 1937, p. 120.
 - 13 El profesor VIDAL PERDOMO afirma que "No es extraño, entonces, que buscando equipar al Estado en sus nuevas obligaciones se introdujeran modificaciones a las constituciones en esa dirección. En Colombia tal ocurrió con la reforma constitucional de 1936. Inspirada en los postulados del llamado 'constitucionalismo social', situado entre las dos guerras mundiales, la reforma reemplaza la anterior concepción de los derechos afirmando la existencia de los deberes sociales del Estado y los particulares (...) La reforma también autorizaba la gestión de empresas públicas por el Estado en la misma disposición en que lo facultaba para intervenir en el ramo económico. La enmienda constitucional indicada no ofrece ninguna sorpresa ideológica. Fue adoptada por un partido liberal remozado que quería virar hacia las ideas socialistas y el pensamiento del servicio público de LÉON DUGUIT, bien conocidos por quienes orientaban el cambio de rumbo del Estado y de la sociedad": VIDAL PERDOMO, JAIME, "Mito y realidad del servicio público", en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica*, t. IV, Bogotá, Imprenta Nacional, Edición Guillermo Sánchez Luque et ál., 2001, p. 30.
 - 14 Sobre la vigencia de la noción clásica en vigencia de la Carta de 1886 vid. HERNÁNDEZ MORA, ALBERTO, "La noción de servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)", en *VVAA, El derecho administrativo en Latinoamérica, op cit.* pp. 255 y ss.
 - 15 RIVERO, JEAN, *Précis de droit administratif*, Paris, 1973, p. 158.
 - 16 Citado por PRAT, *op cit.* p. 240. Aunque en honor a la verdad algunos reputados autores, como DE LAUBADÈRE y BENOIT, en Francia, y VELILLA MORENO y VIDAL PERDOMO, en Colombia, proclaman la vigencia de la noción francesa de servicio público, reformulada luego de su crisis. El profesor VELILLA propone una ingeniosa tercera vía construida a partir de los elementos comunes del fundamento de una concepción renovada de servicio público (VELILLA, MARCO ANTONIO, comp., *Los servicios públicos como instrumentos de cohesión social del Estado*, Biblioteca Millennium, Colección Derecho Económico y de los negocios, Bogotá, 2005, pp. 27 y ss.)
 - 17 Gaceta Constitucional, n.º 53, 18 de abril de 1991, pp. 2 a 6. En el mismo sentido se pronunció la subcomisión 3.ª de la Comisión de asuntos económicos en su ponencia: "Desde el primer momento, tanto los miembros de la Comisión V como los integrantes de la subcomisión encargada, consideraron que el tema de los servicios públicos merecía un tratamiento independiente, totalmente autónomo, dentro del conjunto de las propuestas económicas no obstante que su temática aparece comprendida dentro de un nuevo Título que propone la Comisión V denominado finalidad social del Estado. La individualidad con que fue discutido y aprobado el articulado sobre servicios públicos se explica por la importancia que el tema a adquirido en el ámbito nacional durante las últimas dos décadas especialmente": Gaceta Constitucional, n.º 85, 29 de mayo de 1991, p. 21.
 - 18 Gaceta Constitucional, n.º 85, 29 de mayo de 1991, p. 22.
 - 19 En la primera legislatura fue presentado a la Comisión Sexta del Senado de la República el Proyecto de Ley n.º 035 de 1992-Senado, iniciativa que luego fue nuevamente puesta a consideración del

- Congreso en la siguiente legislatura bajo el núm. 197 de 1992-Senado.
- 20 Gaceta Constitucional, n.º 85, 29 de mayo de 1991, p. 21.
- 21 Sobre las normas constitucionales transitorias vid. Corte Constitucional, Sentencia C 003 de 1993, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- 22 ARIÑO, GASPAR, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)", en VVAA, *El nuevo servicio público*, Programa de Estudios de Regulación Económica-PERE, MARCIAL PONS y Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 27 y 28.
- En la misma obra colectiva De la Cuétara apunta que: "Al introducir la concurrencia en los servicios públicos, introducimos con ella el ordenamiento que le es propio: el derecho de la competencia. Este nuevo ordenamiento debe acomodarse con el que hasta ese momento ordenaba los servicios públicos-puro derecho público-expulsándolo de determinadas zonas, respetándolo en otras, adaptándose ambos entre sí en las limítrofes. Al acomodarse, cada rama jurídica encuentra su ámbito de actuación sin que queden lagunas entre ambas. Libre concurrencia no quiere decir concurrencia sin reglas, esto es claro". DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, "Tres postulados para el nuevo servicio público" en *El nuevo servicio público*, op cit., p. 113.
- 23 CHAHÍN LIZCANO, GUILLERMO, *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos*, Bogotá, E.E.B., 1998, p. 33.
- 24 SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO et ál., "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.
- 25 GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 9.ª reimpresión, 1995, p. 56.
- 26 "Un cambio constitucional sin precedentes tuvo lugar en 1991 con la transformación del modelo de Estado de Derecho –propio del Estado liberal burgués decimonónico– en el Estado Social de Derecho: su fase más avanzada de evolución (art. 1 C.P.). Cláusula fundada en el respeto de la dignidad humana, inspirada en la superación de la antinomia Estado versus Sociedad, proyectada en el mandato dinámico de igualdad material que exige un trato a favor (discriminación positiva) y construida desde la solidaridad como valor superior fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico, solidaridad que, en su acepción moderna de 'deber', a la par define los caracteres esenciales de nuestra constitución inscritos en su parte dogmática y da sentido a toda su parte orgánica": SANCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 19, septiembre de 2004, Universidad Externado de Colombia, pp. 41 y ss.
- 27 HOMMES RODRÍGUEZ, RUDOLF et ál., Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 197 de 1992-Senado, en *Gaceta del Congreso* n.º 162, 17 de noviembre de 1992.
- 28 Gaceta Constitucional, n.º 48, 4 de abril de 1991, p. 12.
- 29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, actor: LEANDRO PÁJARO BALSEIRO, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sv MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Esta providencia en cuanto refiere al rol garante de la prestación de los servicios públicos asignado al Estado sigue el criterio sentado en sentencia de 13 de mayo de 2004, rad. AP-5001-23-31-000-2003-00020-01, actor: JESÚS MARÍA QUEVEDO DÍAZ, M.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ y reiterado en sentencia de 10 de febrero de 2005, rad. AP 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: EXENOVER HERNÁNDEZ ROMERO, CP MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ y en sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía-CREG, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Doctrina reiterada recientemente en sentencia de 19 de junio de 2008, rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01, actor: JAIRO VARGAS LONDOÑO, demandado: Municipio de Puerto Tejada, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 30 El 4 de enero de 1998 se extinguió el plazo para la transformación en empresas industriales y comerciales del Estado-E.I.C.E. por virtud de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 286 de 1996.
- 31 En cuanto hace a esta modalidad de operación vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, actor: LEANDRO PÁJARO BALSEIRO

- RO, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, SV MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
- 32 Sobre la naturaleza jurídica y régimen aplicable a estos "contratos de operación" como se suelen denominar vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01, actor: JAIRO VARGAS LONDOÑO, demandado: Municipio de Puerto Tejada, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, AV MAURICIO FAJARDO GÓMEZ y ENRIQUE GIL BOTERO.
- 33 Cfr. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss. y Corte Constitucional, Sentencia C 037 de 2003.
- 34 "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en *Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial n.º 18.
- 35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, actor: LEANDRO PÁJARO BALSEIRO, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, SV MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la misma Sala: sentencia de 13 de mayo de 2004, rad. AP-5001-23-31-000-2003-00020-01, actor: JESÚS MARÍA QUEVEDO DÍAZ, M.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ; sentencia de 10 de febrero de 2005, rad. AP-25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: EXE-NOBER HERNÁNDEZ ROMERO, M.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ; auto de 17 de febrero de 2005, rad. 50001233100020030027701 (27673), actor: RODRIGO VILLAMIL VIRGÚEZ, demandado: Nación-Ministerio de Comunicaciones y otros, M.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; sentencia de 24 de febrero de 2005, actor: ALBERTO POVEDA PERDOMO, demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, rad. AP-41001-23-31-000-2003-01470-01, M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; sentencia de 26 de enero de 2006, rad. AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de 2 de marzo de 2006, rad. AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Pereira, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO y sentencia de 19 de junio de 2008, rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01, actor: JAIRO VARGAS LONDOÑO, demandado: Municipio de Puerto Tejada, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 36 PALACIOS MEJÍA, *op cit.*, p. 30
- 37 PALACIOS MEJÍA, *ibíd.*, p. 30. Un par de páginas antes este doctrinante anota: "(...) cuando un texto legal ubique dentro de la 'función administrativa' las actividades de las entidades descentralizadas que no obran como autoridades, es preciso aceptar que ello es una manifestación de la voluntad del legislador que debe ser acatada. A pesar de que los estudiosos del derecho tratamos de encontrar principios, categorías y reglas generales en las normas jurídicas, tenemos que aceptar que estas no son diseñadas a partir de esquemas preconcebidos de aplicación uniforme, y que algunos de sus mandatos no pueden ser ubicados en ninguno de tales esquemas. Por lo tanto, si el constituyente o el legislador definen como parte de la función administrativa la actividad de entidades descentralizadas que no actúan como autoridades, habrá que aceptarlo así" (p. 28).
- 38 Que no como director general de la economía, evento en el que evidentemente su actividad es administrativa, como el mismo nombre de esa doble manifestación de la intervención económica lo sugiere: "Policía administrativa".
- 39 Si bien el citado artículo 70 de la Ley 489 de 1998 al regular a estos organismos adscritos alude a la prestación de servicios públicos lo hace bajo el entendido que estos éstos estén regulados por el derecho público, de modo que ello descarta su aplicación a la subespecie "domiciliarios".
- 40 IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Ed. Legis & Justicia y Desarrollo, Bogotá, 2.ª ed., 2007, p. 265. En sentido similar ver RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Estructura del poder público en Colombia*, 10.ª ed., Temis, Bogotá, 2006, p. 25.
- 41 En los términos del reconocido tratadista De la Cuétara: "(...) el servicio público existe por la necesidad de utilizar potestades administrativas en determinados puntos de algunos sectores económicos. Un servicio público sin potestades sería un simple servicio al público, comercial, que, en el caso de estar organizado por una Administración, constituiría una simple manifestación de la

- iniciativa pública económica general. Para que puedan funcionar dentro del derecho, las obligaciones que en servicio público se establezcan deben ser concretas como también deben serlo las potestades con que se organiza la excepción al libre mercado en que el servicio público consiste": DE LA CUIÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, "Tres postulados (...)", *op cit.* p. 157.
- 42 Cfr. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Resolución CRT 575 de 2002, art. 2.6.1 y ss. (en www.crt.gov.co).
Comisión de Regulación de Agua Potable, Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.3.1, modificada por la Resolución CRA 293 de 2004 (en www.cra.gov.co).
La Comisión de Regulación de Energía y Gas no ha expedido ningún acto administrativo general que permita la inclusión de cláusulas exorbitantes, ver Concepto CREG 3947 de 26 de diciembre de 2001 (en www.creg.gov.co).
- 43 Cfr. Interpretación por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil, de la Superpervicios en conceptos SSPD 20001130000125 y SSPD 19991300000249 en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Op cit.* pp. 210 y ss.
- 44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2.005, actor: ALBERTO POVEDA PERDOMO, demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, rad. AP-41001-23-31-000-2003-01470-01, M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. En sentido similar vid. auto de 17 de febrero de 2005, rad. 50001233100020030027701 (27673), actor: RODRIGO VILLAMIL VIRGÜEZ, demandado: Nación-Ministerio de Comunicaciones y otros, M.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Esta posición jurisprudencial de alguna manera había sido anticipado por la misma Corporación al aludir a los derechos y prerrogativas de autoridad pública de los prestadores: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, rad. S 701, actor: DIEGO GIRALDO LONDOÑO, demandado: Telehuila S.A., M.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO SV DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, providencia que sigue el sentido fijado por la Corte Constitucional en Sentencia C 263 de 1996, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, SV EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, AV JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ.
- 45 En tanto los fallos que la Corte dicta en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, al tenor del inciso 1.º del artículo 243 superior, en armonía con el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996-LEAJ.
- No se hará referencia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sede de tutela, dado que conforme al artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en consonancia con el numeral segundo del artículo 48 de la LEAJ, las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surten efectos en el caso concreto, esto es, entre las partes que intervienen en el proceso. Además, la propia Corte Constitucional en Sentencia C 131 de 1993 M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO declaró inexecutable la expresión "obligatorio" contenida en el artículo 23 del decreto 2067 de 1991, que ordenaba tener como criterio auxiliar "obligatorio" la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de esa Corte, por infracción manifiesta del artículo 230 Constitucional. Finalmente, no puede perderse de vista que el artículo 17 del Código Civil prescribe que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas y, por tanto, es prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.
- 46 Corte Constitucional, Sentencia C 151 de 1995, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ.
- 47 Corte Constitucional, Sentencia C 176 de 1996 M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en sentido similar Sentencia C 265 de 1994 M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- 48 Corte Constitucional, Sentencia C 066 de 1997 M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ.
- 49 Corte Constitucional, Sentencia C 599 de 1996, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- 50 Corte Constitucional, sentencias C 066 de 1997 M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ, C 272 de 1998 M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, C 444 de 1998 M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, C 1162 de 2000 M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y C 150 de 2003 M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA SV JAIME ARAUJO RENTARÍA, SV ALFREDO BELTRÁN SIERRA y CLARA INÉS VARGAS, aunque las reflexiones de ésta última en su mayor parte sobre este punto constituyen simples *obiter dicta* que no tienen la virtualidad de modificar lo decidido en cuanto a la naturaleza de estas unidades administrativas especiales y de sus actos en la ya citada Sentencia C 1162 de 2000, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

- 51 Ver en particular GASPAR ARIÑO ORTIZ, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, pp. 487-614; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo, vol. II, 2.ª ed., C.E. RAMÓN ARECES, Madrid, 2000, pp. 299-340; JUAN CARLOS CASSAGNE Derecho Administrativo, 5.ª ed., ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1994, pp. 416-444.
- 52 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver PIERRE ESPULGAS, *Le service public*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente, JACQUES CHEVALLIER, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 3e éd., Paris 1994 y JEAN PAUL VALETTE «Le service public à la française», Ellipses., Paris, 2000.
- 53 Ver Sentencia C 915/02 M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 54 Ver Sentencia C 089a/ 94 M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, así como las sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 55 Al respecto se pueden consultar las ponencias presentadas por los delegatarios EDUARDO VERANO DE LA ROSA, CARLOS LEMOS SIMMONDSS, CARLOS OSSA ESCOBAR, RAFAEL IGNACIO MOLINA GIRALDO, ANTONIO YEPES PARRA, RODRIGO LLOREDA CAICEDO y OSCAR HOYOS NARANJO, respecto del régimen de servicios públicos y la finalidad social del Estado –Gacetas Constitucionales 51, pp. 17-18, y 53, pp. 2-6.
- 56 Corte Constitucional, Sentencia C 037 de 2003, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 57 Corte Constitucional, Sentencia C 866 de 1999 M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, SV ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, aunque unas líneas arriba el fallo ejemplifica dentro de los eventos de asunción de funciones administrativas por particulares al artículo 365 CN.
- 58 Corte Constitucional, Sentencia C 037 de 2003, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 59 Corte Constitucional, Sentencia C 558 de 2001, M.P.: JAIME ARAUJO RENTARÍA.
- 60 Corte Constitucional, Sentencia C 263 de 1996, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, SV EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, AV JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ.
- 61 Corte Constitucional. Sala de Revisión n.º 7. Sentencia n.º T-507/93 del 5 de noviembre de 1993. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- 62 Corte Constitucional, Sentencia C 134 de 1994, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
- 63 IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE, *op cit.*, p. 216.
- 64 No son muchos los pronunciamientos de la justicia administrativa sobre la descentralización por colaboración en vigencia de la Ley 489 de 1998, quizás el más emblemático es uno proferido en sede popular en torno a la posibilidad o no de asignar el cobro coactivo a particulares, donde quedan planteadas las dificultades que entraña este instituto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2007, rad. AP-4100123310002004-00369-01, actor: DIEGO OMAR PÉREZ SALAS, demandado: Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda., M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, SV RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 65 IBÁÑEZ, *op cit.* p. 217
- 66 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 noviembre de 2004, rad. 1101-03-06-000-2004-01592-01, M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO y GUSTAVO APONTE SANTOS.
- 67 La Corte Constitucional encontró que: "(...) la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 2.º de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella –la investidura– perdería sustento jurídico.
"Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que

- se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones".: Corte Constitucional, Sentencia C 866 de 1999, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, SV ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 68 Corte Constitucional, Sentencia C 866 de 1999, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, SV ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 69 Corte Constitucional, Sentencia C 286 de 1996, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, enfoque que también aparece en Sentencia C 702 de 1999, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ, SV ANTONIO BARRERA CARBONELL, CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, SV JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, SV EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA, SV ÁLVARO TAFUR GALVIS, aunque la referencia parece más un *obiter dictum* en uno y otro pronunciamientos de constitucionalidad.
- En sentido similar, dicha Corporación en Sentencia C 166 de 1995, M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA también propone como ejemplo del desempeño de funciones administrativas por particulares al supuesto previsto por el artículo 365 superior, una vez más como un asunto ajeno a la *ratio decidendi*, en un fallo que se ocupaba de las Cámaras de Comercio.
- Puede citarse así mismo la Sentencia C 543 de 2001, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS que sigue una línea argumental semejante a la indicada, vale decir, a guisa de ejemplo. También en Sentencia C 492 de 1996, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, ese mismo Tribunal consideró que una de las formas de descentralización es la denominada "por colaboración" "que vincula a los particulares al servicio público".
- 70 Se trata igualmente de un ejemplo, a manera de *obiter dictum*, en un fallo que se ocupaba de los notarios: Corte Constitucional, Sentencia C 181 de 1997, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ.
- 71 IBÁÑEZ, *op cit.* p. 217
- 72 Corte Constitucional, Sentencia C 953 de 1999, M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, SV EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 73 i) sujeción a control fiscal; ii) sometimiento a un control político; iii) su creación o autorización debe provenir de ley (150.7) ordenanza o acuerdo (300.7 y 313.6); iv) régimen de inhabilidades; v) regulación del presupuesto y vi) materia contable.
- 74 Sobre el carácter especial del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos ya se había pronunciado la misma instancia judicial en Sentencia C 179 de 2005, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, SV RODRIGO ESCOBAR GIL, SV HUMBERTO SIERRA PORTO, AV ALFREDO BELTRÁN SIERRA, AV JAIME ARAUJO RENTARÍA.
- 75 En este sentido vid. Corte Constitucional, Sentencia C 066 de 1997 y "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.
- 76 HOMMES RODRÍGUEZ, RUDOLF et ál. Exposición de motivos al proyecto de Ley n.º 197 de 1992, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en *Gaceta del Congreso* n.º 162, 17 de noviembre, 1992, p. 24.
- 77 Salvo el supuesto previsto en el numeral 15.4 del artículo 15 relativo a las organizaciones autorizadas, que pueden prestar el servicio no sólo en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, sino que pueden competir en otras zonas, según la declaratoria de constitucionalidad condicionada que hiciera la Corte Constitucional de esta disposición (Sentencia C 741 de 2003).
- 78 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 2006, rad. AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, actor: JOSÉ OMAR CORTÉS QUIJANO, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Criterio reiterado en auto de 18 de julio de 2007, rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda., Iberocol Ltda., demandado: Codensa S.A. E.S.P.-Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, proveído este último en el que, además, se aclaró que la expresión "entidades prestadoras de servicios públicos" no alude exclusivamente a aquellas que tienen un carácter estatal y por lo mismo es una suerte de género, que involucra las seis hipótesis de prestación previstas en la ley: i) las empresas de servicios públicos; ii) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; iii) el municipio prestador directo; iv) las comunidades organizadas; v) las entidades

- descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y vi) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142.
- 79 Corte Constitucional, Sentencia C 558 de 2001, M.P.: JAIME ARAUJO RENTARÍA, en el mismo sentido Sentencia C 290 de 2002, CP CLARA INÉS VARGAS.
- 80 Sobre los subsidios en servicios públicos domiciliarios vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006, rad. AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Pereira, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 81 Se alude a las divergencias interpretativas que se evidencian de la lectura, entre otras, de las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703. (ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de agosto de 2006, radicación AG-250002325000200401348 01, (iii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006, radicación 30.096. (iv) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de treinta y uno (31) de enero de dos mil siete. Rad. n.º 11001-03-06-000-2007-00002-00 (v) Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004; (vi) Corte Constitucional, Auto n.º 113 de marzo de 2006.
- 82 A nivel doctrinario, el profesor Atehortúa en reciente publicación aseguró que *"en la actualidad no debe discutirse si las empresas prestadoras de servicios públicos son o no entidades descentralizadas, pues la Corte [Constitucional] basada en la ley 489 de 1998 [en Sentencia C 736 de 2007], precisó claramente que sí lo son"*: ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen de los servicios públicos domiciliarios-En el contexto de la doctrina constitucional*, Biblioteca Jurídica Diké y Andesco, Bogotá, 2008, p. 62.
- En este mismo trabajo este autor observó que: "El hecho de llegar a considerar que una entidad o empresa particular puede tener el tratamiento de una entidad descentralizada, no es una novedad en el derecho administrativo colombiano, pues aún antes de la vigencia de la Constitución de 1991, se reconocía su existencia, de modalidades de descentralización por colaboración, basada precisamente en la participación de los particulares en actividades estatales, sin que por ello pierdan su condición de particulares" (p. 62).
- 83 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, autos de diciembre 12 de 2007, rad. 33.624 y 33.645, M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Mediante este último proveído (33.645) la Sala resolvió los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y la sociedad COMCEL S.A., contra el auto proferido el 3 de agosto de 2007 por la Consejera conductora del trámite del recurso RUTH STELLA CORREA PALACIO, mediante el cual había declarado la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.
- 84 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 27 de 2008, rad. 33.644, M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
- 85 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, exp. 1100 103260002007-00010-00 (33.645), recurrente Convocada: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, convocante: Comunicación Celular S.A. Comcel, M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, SV MAURICIO FAJARDO GÓMEZ y ENRIQUE GIL BOTERO [los salvamentos no hacen referencia a este asunto].
- 86 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2008, exp. No. 1100 103260002007-00061-00 (34.543), recurrente convocada: Teleacceso S.A. en liquidación, convocante: Colombia Móvil S.A. E.S.P., M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, AV MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
- 87 La Corte Constitucional ha dejado en claro que su criterio sobre la aplicación de normas de rango legal cuando no constituyen una pauta de interpretación no es vinculante. Esta Corporación "ha distinguido los efectos de sus fallos respecto de la cosa juzgada y de la doctrina constitucional. Porque se tiene definido que poseen poder vinculante la parte resolutoria de las sentencias, los fundamentos que guarden relación directa con ella, y aquellos que la Corporación indique, en tanto el resto de la argumentación constituye criterio auxiliar no obligatorio [Sentencia C 131 de 1993, M.P.: ALEJANDO MARTÍNEZ CABALLERO]. Además, respecto de este último punto la Corte ha precisado la necesidad de distinguir su labor de intérprete autorizado de la Carta, en virtud del

cual sus pautas de interpretación obligan a todos aquellos que recurren a la aplicación directa de la norma constitucional, de sus criterios y apreciaciones sobre la aplicación de normas de inferior jerarquía, los que pueden ser acogidos o ignorados por los jueces debido a que concurren con otras fuentes como criterios auxiliadores de la actividad judicial (C.P., art. 230)⁸⁸ (Corte Constitucional, Sentencia C 739 de 2001).

- 88 Proferido por el Tribunal de Conflictos de Francia de 1.º de febrero de 1873, que marcó una etapa decisiva en el derecho administrativo francés según VEDEL, en tanto estableció la diferencia entre falta personal y falta del servicio.
- 89 De 6 de febrero de 1903 y que consagró la teoría del servicio público esbozada en el *arrêt* Blanco.
- 90 LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique: Bulletin de santé de la notion de service public*, ECDE, 1960, p. 61.