

SERVICIOS PÚBLICOS – Prestación por privados – Control del Estado

Se “fundan estas apreciaciones en que los actores principales del nuevo sistema son sujetos privados o excepcionalmente entes públicos que funcionan como aquellos en el tráfico jurídico, sometidos necesariamente al derecho privado, y, además, en que, desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil, de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. El derecho privado y el nuevo sistema de los servicios públicos van siempre juntos, rompiendo cualquier posibilidad de injerencia unilateral de la administración en contra de los postulados básicos que hemos indicado en los apartados anteriores”.

No obstante, “el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de funciones administrativas y de servicios públicos en relación con los cuales conserva titularidad, que por regla general deben regirse necesariamente por el derecho público administrativo. Además, debe observarse que la organización estatal en estos asuntos prestacionales ha sufrido también evidentes mudanzas frente a la moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los criterios y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos”.

SERVICIOS PÚBLICOS – Prestación por privados

El “modelo incorporado en la Constitución Política le abre las puertas asimismo a la comunidad organizada para estos mismos propósitos; y lo que resulta aún más importante y trascendente: reconoce a los particulares como sujetos prestatarios de los mismos, sea por vía del acceso de estos a la prestación de servicios liberalizados o privatizados –caso en el cual se sujetan a las prescripciones constitucionales sobre la libertad de empresa– o como colaboradores de la administración mediante la concesión administrativa cuando sean convocados para estos efectos a través de los mecanismos públicos y participativos correspondientes, hipótesis estas en las cuales obviamente estarán sometidos por mandato constitucional a los mandatos imperativos del respeto a la libertad de empresa e iniciativa privada, pero con sujeción indiscutible a los marcos del contrato correspondiente y sobre a las disposiciones rectoras del servicio público que se les encomiende, comprendiendo que tanto la libertad, como la iniciativa no son garantías absolutas, y deben garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, así como las prerrogativas convencionales”.

SERVICIOS PÚBLICOS – Inherentes finalidad del Estado – Prestación eficiente

En “los términos del artículo 365 constitucional, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado; es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. El artículo 367 superior agrega, de manera específica, que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario, que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”.

SERVICIOS PÚBLICOS – Prestación régimen mixto

Sobre “estas bases normativas de carácter constitucional y principalmente con su referencia a los postulados económicos de la misma, artículo 333, 334 y 336, se adoptó en nuestro país un régimen evidentemente mixto, que parcialmente abandona la caracterización de servicio público como sinónimo de titularidad y función exclusiva del Estado y se adentra nuestro sistema por las vías de la aceptación para el Estado de una posición, no de habilitación absoluta, sino relativa, la de un habilitado más para la prestación de servicios públicos, al lado de la comunidad organizada y de los particulares; con el ingrediente de que en algunas hipótesis su posición es la de un mero y excepcional garante, como ocurre en las hipótesis del servicio público universal, en donde la regla general prestacional la tiene la iniciativa privada, inclusive rigiéndose su actividad prestacional, en algunas ocasiones prefijadas por el legislador, por el derecho civil o comercial.

SERVICIO PÚBLICO – No entraña ejercicio de funciones públicas

Es pues, en el contexto de la carta constitucional, “que no todo servicio público entraña o lleva implícito el ejercicio de funciones públicas administrativas; para que esto sea así se requiere expresa manifestación del legislador de que quien desarrolla el servicio debe además cumplir precisas funciones de la administración. El Consejo de Estado así lo ha reconocido. En auto de noviembre de 1999 admitió la corporación que las universidades privadas no cumplen funciones públicas en cuanto que el concepto de servicio público es radicalmente diferente del de función pública administrativa, que sería el que habilitaría a la jurisdicción administrativa para conocer de determinados asuntos conforme al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo”.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Características

Se trata “de aquellas empresas constituidas por acciones, que puede ser (1) públicas, (2) mixta, o (3) privadas. Dentro de sus características se puede identificar: (1) pueden estar participadas por otras empresas de servicios públicos, o por aquellas que presten un servicio o provean un bien para cumplir con el objeto, o puede tratarse de comunidades organizadas; (2) su capital puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros; (3) cuando su naturaleza sea mixta, si el aporte estatal consiste en el usufructo de bienes ligados a la prestación de los servicios, su suscripción, avalúo y pago se regulan por las normas de derecho privado; (4) pueden operar, en igualdad de condiciones, en cualquier lugar del país; (5) para los municipios menores y zonas rurales la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial para la conformación de las empresas de servicios públicos”.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica – Ley 142 de 1994 – Artículo 14

“Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

SERVICIOS PÚBLICOS – Sujetos que pueden prestarlos

Al respecto en el régimen nacional encontramos que en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 el legislador indica de manera taxativa quiénes pueden prestar los servicios públicos, señalando las siguientes personas: las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, mediante su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas conforme la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley”.

SERVICIOS PÚBLICOS – Prestación por comunidades organizadas

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si “bien el artículo 365 de la Carta, al autorizar que las “comunidades organizadas” pudieran prestar directa o indirectamente servicios públicos, no estableció una forma jurídica específica bajo la cual éstos participarían, sí distinguió su actividad de aquella que pudiera prestar los particulares [...] Así lo entendió el Legislador en la Ley 142 de 1994, que al señalar que las “organizaciones autorizadas” podían participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las separó del régimen aplicable a las empresas de servicios públicos y de otras formas de organización, inspiradas principalmente por un interés empresarial. El desarrollo posterior de la Ley 142 de 1994 en materia de participación de las “organizaciones autorizadas” en la prestación de servicios públicos refleja la especificada de este ánimo solidario. Lo anterior no significa que el concepto “comunidades organizadas” sea asimilable al concepto de

“organizaciones autorizadas” puesto que este último también puede comprender “particulares” que se organicen en una forma distinta a una empresa, en los términos que señale la ley”.

[...]

En el contexto interpretativo, “la gestión o prestación de los servicios por los particulares o por la comunidad organizada sería excepcional y sometida al régimen jurídico especial creado por el legislador, en donde debía regularseles como una alternativa de colaboración y no de sustitución del Estado.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico

Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”.

Un aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico – Cláusulas de excepción o exorbitantes

Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás”.

Cuando se trata de “la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya comprensión implica que el no someterse al Estatuto mencionado implica que en el desarrollo de la actividad contractual por las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 del la Carta Política [...]

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico – Ley 689 de 2001

Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado”.

5.13 Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se

refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”. Este planteamiento de la ley resulta entonces coherente con lo dispuesto en el artículo 8 del estatuto contractual de la empresa, Acuerdo de junta directiva No. 04 de 2001, que al establecer el régimen jurídico de los contratos señala de manera perentoria que las autoridades deberán dar perentoria e imperativa aplicación a las disposiciones civiles y comerciales”.

CONTRATO ESPECIAL – Contrato de especial de gestión y apoyo – Servicio público de electricidad

El proceso sometido a estudio, se encuentra referido a la celebración de un contrato denominado especial para efectos de la gestión de los servicios públicos, fundamentado en lo consagrado en el 39.3 de la Ley 142 de 1994, el cual consagra que las entidades oficiales pueden transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

CONTRATO ESPECIAL – Contrato de especial de gestión y apoyo – Servicio público de electricidad – Características

(1) Se entiende por contratos de gestión en materia de servicios públicos domiciliarios los referidos en el artículo 39.3 de la ley 142 de 1994, los cuales son (i) negocios de contenido económico, (ii) onerosos, (iii) sinalagmáticos, (iv) conmutativos, (v) no solemnes, (vi) principales, (vii) excepcionalmente accesorios, (viii) sujetos por regla general a un régimen de derecho mixto, preponderantemente privados, (ix) a través de los cuales las entidades titulares de un servicio público, o el concesionario, pueden entregar a un operador la gestión, o la operación total o parcial de actividades concernientes al servicio público, lo cual lo diferencia de los contratos de concesión que en el mismo artículo mencionado se señalan; y, (x) tiene un carácter instrumental o de apoyo en la prestación del servicio público.

(2) Se trata de un contrato que no tiene que ver con aquellos establecidos en el capítulo XI de la Ley 143 de 1994 [artículos 55 a 68], en especial el de gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, lo que implica su sujeción a las reglas y normas de derecho privado.

(3) En cuanto a su contenido, tratándose de contratos sin una regulación material específica, debe decirse que será el que de acuerdo con las normas comerciales corresponda a su esencia y naturaleza, e igualmente, comprendiendo aquellas accidentales que teniendo en cuenta el tipo de servicio y objeto correspondiente se requieran para hacerlos viables.

(4) Es un contrato, visto desde la perspectiva del caso en concreto, cuyo objeto está comprendido por la gestión de actividades relacionadas con la prestación del servicio público de electricidad, en especial para la distribución y comercialización de la energía [con base en el artículo 5 de la Ley 143 de 1994].

(5) Ahora bien, a partir de la vigencia de la Ley 689 de 2001 la naturaleza jurídica de un tipo de contrato como el de gestión se somete a un régimen mixto, no únicamente de derecho privado sino que comparte principios y reglas propios del derecho público administrativo, tal como ya lo definió la sentencia de la Sección Tercera en la sentencia de 19 de junio de 2008 [...]

CONTRATO ESPECIAL – Contrato de especial de gestión y apoyo – Derecho privado – Clausulas excepcionales

Bajo el mismo hilo conductor y en el caso particular de la contratación del servicio público de electricidad, el párrafo del artículo 8º Ley 143 de 1994, “es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que “El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...”. Esto es, que el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado”.

NULIDAD ABSOLUTA – No saneable por ratificación – Derecho privado – Saneable – Prescripción extraordinaria

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que conforme con lo establecido por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes. No obstante, como en el caso de los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios se aplica por regla general el régimen del derecho privado, lo dispuesto en la normatividad consagrada en el estatuto de contratación no le es aplicable, en consecuencia, acudimos a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., que expresa que la nulidad absoluta se sana “*en todo caso*” por prescripción extraordinaria.

NULIDAD ABSOLUTA – Contratación estatal – Causas

Ahora bien, en contratación estatal, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando:

“1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.

NULIDAD ABSOLUTA – Derecho común – Causas

En cuanto al derecho común, es de anotar que el artículo 1741 del C.C. dice que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”

NULIDAD ABSOLUTA – Saneable – Prescripción extraordinaria

De otra parte, aunque se dijo que la nulidad absoluta no puede sanearse por las partes, debe anotarse que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “*en todo caso*” por prescripción extraordinaria.

9.15 Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito o integre los requisitos o formalidades omitidos, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

CONTRATO – Incumplimiento mutuo de las partes – Servicios públicos – Interés general

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incurso en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.

10.4 En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 88001-23-31-000-2001-00104-01(30288)

Actor: ISLEÑA DE SERVICIOS S.A. E.S.P. (ISSESA)

Demandado: ARCHIPIELAGO´S POWER Y LIGHT CO. S.A. E.S.P. (APL)

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 27 de enero de 2005¹, mediante la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda

El 7 de diciembre de 2001² la sociedad Isleña de Servicios S.A. E.S.P. (ISSESA) por intermedio de apoderada y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del C.C.A., presentó demanda contra la sociedad Archipiélago´s Power & Light Co. S.A. E.S.P., para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

¹ Fls. 146 a 165 C. Ppal

² Fls. 1 a 17 C. 1 demanda subsanada el 15 de septiembre de 2003 Fls 30 a 58 C. 1

“1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1.- *Que es nula la Resolución No. 021 del 3 de Febrero de 1999, expedida por el Representante Legal de la sociedad ARCHIPIÉLAGOS POWER & light (sic) CO S.A. (ESP) en adelante APL, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato celebrado entre “APL” e ISLEÑA DE SERVICIOS S.A. (ESP) en adelante ISSESA, de fecha de 6 de Agosto de 1996.*

1.2.- *Que es nula la Resolución No. 052 de Marzo 12 de 1999, proferida por “APL”:* (sic) *Por medio de la cual se rechaza un recurso de reposición”.*

1.3.- *Que es nula la Resolución No. 74 de Abril 29 de 1999, expedida por “ARCHIPIÉLAGOS’S POWER & LIGHT CO. S.A. (ESP) APL, por medio de la cual se ordenó la liquidación unilateral del Contrato Especial suscrito entre APL e ISSESA el 6 de Agosto de 1996*

1.4.- *Que es nula la Resolución No. 146 de Junio 8 de 1999, por medio de la cual APL rechazó, por considerarlo extemporáneo, el recurso de reposición interpuesto por ISSESA contra la Resolución No. 74 de Abril 29 de 1999.*

1.5.- *Que es nula la Resolución No. 191 de Julio 12 de 1999, por medio de la cual APL, resolvió el recurso de Reposición interpuesto por ISSESA contra la Resolución No. 021 de Febrero 3 de 1999 y la confirmó en todas sus partes.*

1.6.- *Que es nula la Resolución No. 287 del 6 de Octubre de 1999, emanada de la misma entidad, “Por medio de la cual se liquida unilateralmente el Contrato celebrado entre “APL” e “ISSESA” de fecha de 6 de Agosto de 1996.*

1.7.- *Que es nula la Resolución No. 358 del 7 de Diciembre de 1999, proferida por “APL”, “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y la objeción a la liquidación de un contrato”.*

1.8.- *Que como consecuencia de las anteriores pretensiones y de conformidad a lo previsto en el artículo 87 del C.C.A., se condene a la entidad demandada a pagar a la sociedad Accionante – ISSESA – a título de indemnización la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES (\$2.820.000.000), o lo que resultare probado como perjuicios en el proceso a que da lugar la presente demanda.*

1.9.- *Que se ordene que la condena sea actualizada y que se de cumplimiento al fallo con el que se ponga fin al proceso, dentro de los términos establecidos en la ley*

1.10.- *Que tal como lo dispone el artículo 171 del C.C.A., y modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la accionada sea condenada en costas”.*

Para estos efectos expuso el actor que el 6 de agosto de 1996 la sociedad Archipiélagos’s Power & Light Co. S.A. (ESP) APL, celebró contrato especial³ para la gestión de servicios públicos con la sociedad Isleña de Servicios S.A. (ESP) ISSESA, cuyo objeto era la operación, mantenimiento, mejoramiento y administración del sistema de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, por el término de cinco (5) años.

³ En virtud a lo consagrado en el artículo 39 numeral 3 Ley 142 de 1994 “39.3. *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; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o mas usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o mas usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.*

Que no obstante la suscripción del referido contrato, Isleña de Servicios S.A. (ESP) ISSESA nunca inició las labores tendientes a desarrollar el objeto propuesto en el mismo debido a que Archipiélagos's Power & Light Co. S.A. (ESP) APL no pudo hacerle entrega de los activos y de las redes conductoras por causa de conflictos sindicales internos. Tal circunstancia llevó a las partes a suscribir múltiples cambios y finalmente, a suspender la ejecución del contrato por seis (6) meses, prorrogables hasta por doce (12) meses, mientras se producían las condiciones necesarias para empezar su ejecución.

Que requirió a la sociedad contratante al cumplimiento de lo pactado, mediante escrito del 21 de julio de 1998, dos días antes del vencimiento de los 12 meses de suspensión del contrato, de acuerdo con el acta de prórroga suscrita el 23 de julio de 1997. ISSESA solicitó a la APL la reanudación del mismo, exponiendo para el efecto las dificultades en que se vio inmersa la sociedad por la no ejecución del contrato dentro de los plazos pactados, igualmente, se refirió a los convenios y perjuicios no previstos inicialmente dentro del contrato. No obstante, no hubo respuesta por parte de la entidad contratante al contratista.

Así mismo, reconoce que por la misma época, el 8 de julio de 1998, la Superintendencia de Servicios Públicos la sancionó mediante Resolución No. 4805 con la orden de suspensión de actividades y cierre de sus oficinas por el término de un año, motivado en los incumplimientos en que incurrió la empresa con el ente de control. Decisión sancionatoria que fue oportunamente impugnada tanto por la vía administrativa como en la judicial, sin obtener resultado positivo.

Destaca el actor como punto de sustento de sus pretensiones, que el 3 de febrero de 1999 la Sociedad "Archipiélagos's Power y Light Co S.A. (ESP), declaró la caducidad administrativa del contrato celebrado con ISSESA el 6 de agosto de 1996 y, a su vez, la liquidación unilateral del mismo, contra estas decisiones se desató la correspondiente vía gubernativa, dentro de la cual fueron expedidos un conjunto de actos administrativos que son objeto de la Litis y cuyo principal argumento radicó en la improcedencia de acudir a las cláusulas exorbitantes en los contratos regidos por las Leyes 142 y 143 de 1994, por tratarse de contratos regidos por el derecho privado.

2.- Actuación procesal en primera instancia.

La demanda fue presentada oportunamente ante el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quien al pronunciarse sobre la misma, procedió a su rechazo mediante auto del 7 de febrero de 2002⁴, argumentando indebida acumulación de pretensiones⁵, en los términos del artículo 82 del CPC, decisión revocada por el Consejo de Estado mediante auto del 17 de julio de 2003⁶, donde se dispuso inadmitir la demanda promovida por Isleña de Servicios S.A. E.S.P. ISSESA y otro, y en su lugar conceder el término de cinco días para que la actora realizara la corrección a la misma, lo resuelto fue acatado por el Tribunal mediante auto del 4 de septiembre de 2003⁷.

La parte actora corrigió la demanda y la presentó nuevamente mediante escrito radicado el 15 de septiembre de 2003⁸. El Tribunal examinada la anterior corrección admitió la demanda por auto de 22 de septiembre de 2003⁹.

La demanda fue oportunamente contestada por la sociedad demandada oponiéndose a las pretensiones, como fundamentos de defensa expuso que: i) La sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos no es una causal eximente de responsabilidad, pues esta sanción fue un hecho previsible e imputable por la negligencia y desidia de ISSESA; ii) La debida motivación de la declaratoria de caducidad y de su imposición, primero por que existió incumplimiento del contrato por parte del contratista y segundo, no se demostró causal eximente de responsabilidad; iii) La imposición de cláusula de caducidad no requiere procedimiento administrativo previo, es una potestad que se le reconoce al Estado para dar por terminado un contrato; iv) y por último, que era evidente el incumplimiento y la sobreviniente imposibilidad de que mejorara la situación. Adicionalmente, propuso como excepciones de mérito, la falta de jurisdicción, la caducidad, la inepta demanda, la carencia de la acción, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe y la genérica¹⁰.

⁴ Fl. 1 a 3 C.3

⁵ Argumenta el Tribunal que es necesario diferenciar la declaratoria de caducidad del contrato y la liquidación unilateral del mismo, ambas son decisiones administrativas que emite entidad contratante con posterioridad a la celebración del contrato, pero sus causas son distintas y por lo tanto, las acciones contra ellas son independientes tanto por vía gubernativa como contenciosa administrativa, motivo por el cual concluye que la demanda peca de inepta, por indebida acumulación de pretensiones, en los términos del artículo 82 del CPC.

⁶ Fls.22 a 29 C.3

⁷ Fl. 37 C. 1

⁸ Fls. 39 a 58 C.1.

⁹ Fl. 60 C.1.

¹⁰ Fls.64 a 78 C.1

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina mediante sentencia del 27 de enero de 2005 (Fls.146 a 165 C.Ppal), negó las súplicas de la demanda, sustentado en las siguientes consideraciones:

1. La APL tenía la facultad en virtud a lo preceptuado por la Ley 80 de 1993 para aplicar cláusulas exorbitantes a ISSESA, lo anterior por tratarse de un contrato especial. Por lo tanto, consideró el Tribunal que no era de recibo la manifestación que hacía el accionante sobre violación de los artículos 32 y 39 de la Ley 142 de 1994 y 76 de la Ley 143 de 1994.
2. Consideró inadmisibles que existiera una causal eximente de responsabilidad, como así pretendía que se le reconociera la parte demandante, debido a que en su criterio fue precisamente por el obrar de ISSESA que la Superintendencia de Servicios Públicos, debió adoptar la medida de suspensión de actividades y cierre de establecimiento, determinación que hacía imposible el cumplimiento del objeto contractual.
3. Que a pesar de tener establecido en el numeral 23.5 del contrato especial un procedimiento de notificación en los eventos de ocurrencia de eximentes de responsabilidad, la parte actora no dio cumplimiento a dicho procedimiento, ni lo invocó en la demanda, para hacer valer la causal eximente de responsabilidad.
4. No obstante lo anterior, tampoco resultaba viable aceptar la eximente alegada por el actor, puesto que de la lectura de la cláusula 23 del contrato era claro que la eximente contemplada en el acápite 23.2.1.3. "Actos de terceros fuera del control de las partes", no era otra que el comúnmente denominado "hecho de un tercero", que conjuntamente con el caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa de la víctima constituían causales eximentes de responsabilidad.
5. En conclusión, desde ningún punto de vista podía entenderse como así lo quiere hacer ver el accionante que la legítima actuación de la Superintendencia de Servicios Públicos al imponer la sanción con ocasión

de conductas irregulares de la entidad sancionada, constituían una exigente de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN Y ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante mediante escrito del 7 de febrero de 2005¹¹, el cual fue concedido por el Tribunal el 17 de febrero de 2005¹²¹³.

En la sustentación del recurso efectuada el 23 de febrero de 2006 por la parte actora, se atacó cada uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de instancia frente a:

1. Las facultades que tenía la sociedad APL para aplicar cláusulas exorbitantes. Fundamentó su inconformidad, en el hecho de que tal afirmación era violatoria de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, dado que el régimen que debía aplicarse era el derecho privado¹⁴.
2. La imposibilidad de ejecución del contrato fue generada por la entidad demandada, la cual a través de varias prórrogas aplazó la fecha de inicio del contrato y no cumplió con la entrega de los activos por oposición del sindicato.
3. La medida de suspensión de actividades impuesta a los demandantes era de carácter transitoria y no conllevaba la disolución o liquidación de la sociedad, ni mucho menos a la declaratoria de quiebra o inicio de un proceso concordatario.
4. La imposibilidad jurídica en la que se encontraba el contratante de declarar la caducidad del contrato, por incumplimiento de las obligaciones contractuales, según lo establecido en artículo 1609 del Código Civil donde ninguno de los contratantes está en mora cuando las partes han incumplido con sus obligaciones.

¹¹ Fl. 167 C. Ppal

¹² Fl. 170 C. Ppal

¹³ El 8 de julio de 2005 se declaró mediante auto desierto el recurso por falta de sustentación, auto que fue revocado por incapacidad de la apoderada judicial de la parte actora. Fl.176 C. Ppal

¹⁴ Fl.184 a 210 C. Ppal

Posteriormente, el 17 de abril de 2006 esta Corporación admitió el recurso de apelación impetrado por la parte demandante¹⁵ y el 12 de mayo de 2006 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor¹⁶.

Las partes guardaron silencio.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la entidad demandada podía declarar la caducidad y la liquidación unilateral del contrato, teniendo en cuenta la tipología contractual y el régimen jurídico que debía aplicarse a la misma. Con otras palabras, si podía la entidad pública contratante establecer o pactar cláusulas exorbitantes en el contrato especial para la gestión de servicios públicos celebrado con la sociedad Isleña de Servicios S.A. y si el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos es de derecho público, o de derecho privado.

Para desatar la alzada y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede bajo las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1 La Sala previo a resolver el asunto central sujeto a *Litis*, la Sala estima pertinente referirse a diversos aspectos relevantes que servirán para contextualizar los fundamentos fácticos y jurídicos que explicará y sustentará el juicio definitivo, así: (1) alcance del concepto de servicio público y de su prestación; (2) determinación de las empresas de servicios públicos y las libertades de entrada, empresa e iniciativa privada; (3) la prestación de los servicios públicos por comunidades organizadas; (4) régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios; (5) presupuestos para la determinación de la naturaleza jurídica de las Sociedades Archipiélago's Power & Light Co. S.A (E.S.P) e Isleña de Servicios S.A. (E.S.P); (6) contenido y naturaleza del contrato especial de gestión y apoyo de actividades inherentes o relacionadas con la prestación del servicio público de electricidad; (7) consecuencias del quebrantamiento por inclusión de cláusulas exorbitantes sin

¹⁵ Fl.212 C. Ppal

¹⁶ Fl.214 C. Ppal

autorización previa de la Comisión de Regulación de la Energía, en especial cuando se trata del contrato especial de gestión y apoyo de actividades para la prestación del servicio público de electricidad; (8) nulidad absoluta. Nulidad por desconocimiento de las normas de orden público y de normas imperativas. Decreto de oficio; (9) el incumplimiento mutuo de las partes; y, (10) el caso concreto.

1. Alcance del concepto de servicio público y de su prestación.

2 De acuerdo con la doctrina la “noción de servicio público, y su derecho, se destaca entonces por vincularse de manera irremediable a la evolución de las necesidades¹⁷ del hombre en comunidad, sustentadoras del concepto de interés general¹⁸ y de legitimidad democrática¹⁹; esto es, al hombre social como objeto de la acción efectiva de las autoridades administrativas, quienes tienen en sus manos la materialización de los propósitos y finalidades de la organización política, por lo

¹⁷ HELLER, Ágnes, *Teoría de las necesidades en Marx*. 1a ed. Barcelona, Península, 1978, pp.31-32 [Trad., de José-Francisco Ivars]. Para HELLER “[...] la naturaleza externa existe sólo para el hombre a través de la acción recíproca con la sociedad, mediante el proceso de la socialización, en el intercambio orgánico entre hombre y naturaleza”. DUGUIT. León, *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, p.33. El “Derecho, en una palabra, es ante todo una creación psicológica de la sociedad, determinada por las necesidades de orden material, intelectual y moral”.

¹⁸ BASSOLS COMA, Martín, “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp.166 y 167. SCHMIDT-ASSMANN plantea el concepto de “bienestar general (bien común) como aquel “[...] interés común formado a partir de la conjunción de muchos intereses especiales, públicos y privados. En la actuación cotidiana de la Administración dicho interés común viene a ser el interés público que se ha evidenciado como susceptible de realización en el marco de la respectiva legislación sectorial. La determinación de lo que sea el bienestar general es una cuestión que depende por encima de todo del Derecho positivo, el cual ofrece normalmente para llevarla a cabo reglas de procedimiento y criterios materiales [...] No obstante, un entendimiento puramente procedimental del bien común resulta ajeno al ordenamiento constitucional, como ponen de manifiesto los contenidos materiales de los derechos fundamentales y las normas relativas a las funciones del Estado. Pero es, precisamente, la idea de procedimiento la que permite hacer entrar en juego, en la determinación concreta del bien común, el ámbito de la cooperación entre Administración, sociedad e individuos”.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, ob., cit., pp.100 y 101. En el derecho administrativo moderno SCHMIDT-ASSMANN considera necesario plantear que la administración pública no sólo responde al interés general, sino que se impone tener en cuenta la legitimación democrática, es decir la justificación o fundamento con el que la Administración o los sujetos que intervienen en el marco de los servicios públicos se sirven, puesto que la “legitimación es un to al sometimiento al Derecho el segundo gran tema del Derecho administrativo en el Estado constitucional. La garantía, propia del Estado de Derecho, del interés individual frente a la imposición de los intereses públicos se contraponen a la salvaguarda, derivada del principio democrático, de los intereses públicos frente al interés particular como segundo principio del sistema. Sobre esta base no puede edificarse ningún modelo definitivo, más bien se trata de alcanzar un nivel de legitimidad que corresponda a las funciones encomendadas a la Administración y a la intensidad del poder de dirección que se le quiera atribuir a la misma [...] El elemento clave de la legitimidad de los poderes públicos es la legitimidad por el pueblo [...] Ello significa que la legitimidad ha de estar presente y resultar reconocible en toda la acción del Estado. El sujeto de esta legitimidad es, en efecto, el pueblo en cuanto conjunto de personas que no se determina en función de criterios o intereses específicos de pertenencia a un grupo, sino que conforma un colectivo genérico y, por así decirlo, indeterminado. De ahí se desprende que la decisión política debe guardar una distancia, situarse en un punto medio para poder conciliar los intereses sectoriales e individuales, distancia que se adquiere haciendo abstracción de las especialidades o singularidades”.

tanto, una materia reductible al ámbito del derecho en cuanto generadora de normas, principios y reglas jurídicas tendientes a garantizar su prestación oportuna, eficiente y continua^{20”21}.

2.1 Así mismo, se agrega que frente al “clásico servicio público sustentado en una administración pública dotada de poderes interventores de regulación, prestación directa de los servicios, en muchos casos bajo parámetros de monopolios naturales y con criterios asistencialistas, se contraponen, en los escenarios extremos de las teorías neoliberales, los conceptos de globalización, competencia, apertura, libertad económica, economía de mercado, privatización, liberalización, iniciativa privada, eficiencia en la gestión y operación, y, lo que resulta más interesante, el surgimiento de un nuevo tipo de regulación tendiente a asegurar la privatización, la competencia, la libertad de entrada, el libre acceso al mercado, la libertad de contratación y sobre todo asegurar la rentabilidad adecuada y proporcional a los inversionistas privados^{22”23}.

2.2 Esta “nueva concepción económica, antagónica con el modelo administrativo de prestación y asistencia a la sociedad, revolucionó las bases jurídicas rectoras de las relaciones entre servicios públicos, comunidad y Estado²⁴, planteando nuevos principios y contenidos normativos para esta realidad, en donde el derecho público resulta ser aparentemente una simple regla de excepción o incluso para

²⁰ DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, ob., cit., p.37. El “Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido”.

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

²² MISES, Ludwig von, *Política económica*, ob., cit., pp.1 a 51. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Se trata de una evidente inversión de los postulados tradicionales sobre el papel de la administración pública en el cumplimiento de las finalidades estatales y la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad y los derechos de los usuarios, reconociéndoles a los privados supuestas responsabilidades frente a la comunidad bajo criterios de rentabilidad, lo cual de por sí implica, para cualquier operador del derecho, una ardua labor interpretativa y de búsqueda incansable de soluciones viables constitucionalmente, con el propósito de cumplir de manera satisfactoria con las finalidades propias del orden superior, sobre todo en la estructuración de los negocios públicos, en especial en torno de la figura concesional”.

En este sentido, el mayor y más trascendente de los interrogantes es el de conocer, de cara a la concesión de servicios, si realmente el ordenamiento jurídico constitucional y administrativo ofrece instrumentos adecuados e idóneos para enfrentar las tensiones derivadas de las relaciones propias de la concesión y prestación de los llamados servicios públicos, dados los avances ideológicos individualistas en la materia, no obstante la permanencia de la cláusula del Estado social y democrático de derecho en nuestro ordenamiento jurídico constitucional”.

²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

²⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración. Tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1995, pp.30; 46 a 49.

algunas situaciones inaplicables, por no decir inexistentes, mudando en consecuencia el objeto y contenido del derecho administrativo como un régimen jurídico especial y exceptivo al derecho común en materias tan fundamentales para la vida de la comunidad, como la de los servicios públicos”²⁵.

2.3 Se trata, pues, de una discusión “novedosa en cuanto a las razones que se dan para su sustentación, pero que no resulta nueva desde la perspectiva histórica, en donde incluso se ha llegado a sostener la misma inexistencia de un derecho administrativo propio y sustancial²⁶; es más, lo que se observa en la doctrina en relación con el concepto del derecho administrativo es una búsqueda incansable por darle un contenido sustancial a la disciplina^{27”28}.

2.4 Se “fundan estas apreciaciones en que los actores principales del nuevo sistema son sujetos privados o excepcionalmente entes públicos que funcionan como aquellos en el tráfico jurídico, sometidos necesariamente al derecho privado²⁹, y, además, en que, desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil, de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. El derecho privado y el nuevo sistema de los servicios públicos van siempre juntos, rompiendo cualquier posibilidad de injerencia unilateral de la administración en contra de los postulados básicos que hemos indicado en los apartados anteriores^{30”31}.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, ob., cit., pp.21 y ss. Del mismo autor puede consultarse “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996.

²⁷ RIVERO, Jean, “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, ob., cit., p.27. Puede consultarse en torno a esta problemática PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del derecho administrativo*, ob., cit.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

²⁹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 144. 1997.

³⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “El reto dogmático del principio de eficacia”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994. “[...] nada impide que el estado considere que el juego de las reglas del mercado son [sic] el mejor instrumento para la consecución de sus objetivos programáticos en relación con determinados tramos o sectores de actividad ni que, como es algo ya habitual, someta sus propias organizaciones a las reglas del derecho privado [...]”.

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

2.5 No obstante, “el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de funciones administrativas y de servicios públicos en relación con los cuales conserva titularidad, que por regla general deben regirse necesariamente por el derecho público administrativo. Además, debe observarse que la organización estatal en estos asuntos prestacionales ha sufrido también evidentes mudanzas frente a la moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los criterios y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos”³².

2.6 Se trata de un contexto “normativo y de principios que desaparece dentro de las construcciones del modelo neoliberal, en los casos excepcionales en que el Estado o sus organismos deban asumir la prestación u operación directa de los servicios, en virtud de que se considera que en estos eventos el aparato público actúa dentro del mercado como un sujeto protagónico más, por lo tanto sometido al derecho que por regla general se aplica a los sujetos y actuaciones materiales del mercado y de la libre competencia, como lo es el privado”³³.

2.7 Procede “en igual forma el derecho administrativo en los servicios públicos, cuando las empresas u operadores privados o públicos deben cumplir excepcionalmente funciones materialmente administrativas, expresamente asignadas por el legislador en un ámbito indiscutible de colaboración, que no convierte en privada la atribución; para estos efectos las empresas de servicios públicos actuarían de manera excepcional en el tráfico jurídico como autoridades, sometidas a sus mismos principios, valores y normatividad y, por lo tanto, de responsabilidades de aquéllos”³⁴.

³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*,

2.8 La “regulación o intervención, cuando se hace necesaria, procede con fundamento en un derecho público administrativo predeterminado por el mercado y la competencia, es decir, de contenido y calidad sustancialmente distinto del tradicional, de aquel que todos conocemos como producto de la concepción continental o europea. Lo que no pierde sino que conserva el derecho administrativo del nuevo modelo es su carácter de protector y garantizador del interés general, marca que nunca desaparece por más intensa que sea la presencia del interés privado o del capital en la prestación u operación de servicios públicos”³⁵.

2.9 La “Constitución Política de 1991, inmersa en la configuración del Estado como social y democrático de derecho, determina las bases para la construcción del régimen general de los servicios públicos, a partir de su aceptación expresa como un fenómeno ligado de manera concreta a las finalidades sociales del Estado³⁶, esto es, otorga a la disciplina y en consecuencia a su modalidades de ejecución y prestación consistencia constitucional de vinculación comunitaria, es decir, aceptando para el servicio público su naturaleza de fenómeno ligado a los intereses y derechos de la colectividad y a la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales³⁷, reconociendo para estos propósitos no solo titularidades, funciones y atribuciones en cabeza del Estado, para su ejecución directa o indirecta, a través de mecanismos concesionales, conforme lo disponga discrecionalmente la administración”³⁸.

Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-636 de 2000. “[...] La realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas”

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-075 de 2006. “[...] El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc”. Puede verse también: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-389 de 2002.

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

2.10 El “modelo incorporado en la Constitución Política le abre las puertas asimismo a la comunidad organizada para estos mismos propósitos; y lo que resulta aún más importante y trascendente: reconoce a los particulares como sujetos prestatarios de los mismos, sea por vía del acceso de estos a la prestación de servicios liberalizados o privatizados –caso en el cual se sujetan a las prescripciones constitucionales sobre la libertad de empresa– o como colaboradores de la administración mediante la concesión administrativa cuando sean convocados para estos efectos a través de los mecanismos públicos y participativos correspondientes³⁹, hipótesis estas en las cuales obviamente estarán sometidos por mandato constitucional a los mandatos imperativos del respeto a la libertad de empresa e iniciativa privada⁴⁰, pero con sujeción indiscutible a los marcos del contrato correspondiente y sobre a las disposiciones rectoras del servicio público que se les encomiende, comprendiendo que tanto la libertad, como la iniciativa no son garantías absolutas⁴¹, y deben garantizar la eficacia de los derechos fundamentales⁴², así como las prerrogativas convencionales”⁴³.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-353 de 2006. “El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-186 de 2011. “[...] Según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes”.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 2004. “[...] El propio artículo 333 de la Carta, pone de presente que las garantías a la libertad económica y la iniciativa privada son libres pero pueden ser limitados a través de la ley, cuando así lo exija el bien común, el interés social, el ambiente, entre otras razones. Es decir, la libre empresa y la iniciativa privada no son garantías absolutas en la Constitución”.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-895 de 2012. “[...] Dado que los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “*la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control.*” Por ello, en “*aras de satisfacer el interés general y los derechos fundamentales involucrados en la prestación de los servicios públicos resulta con frecuencia necesario sacrificar el alcance de las libertades económicas de los particulares que participan en estas actividades*”.

⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

2.11 En “los términos del artículo 365 constitucional, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado⁴⁴; es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares⁴⁵. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios⁴⁶. El artículo 367 superior agrega, de manera específica, que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-741 de 2003. “El ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios. [...] Estos criterios constitucionales evidencian que el alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia de servicios públicos si bien es suficiente, – pues se extiende a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control–, no es ilimitado, porque el ejercicio de dicha potestad debe estar encaminado a la consecución de los fines superiores que establece la Carta y orientado por los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros. Por ello, las limitaciones que establezca el Legislador a derechos como la libertad de asociación, el derecho a la participación, la libertad de empresa y la libre competencia, deben ser examinadas a la luz de tales fines y principios.”

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-353 de 2006. “Según la Constitución, la prestación de los servicios públicos puede hacerla el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, ésta previsión está en consonancia con lo previsto en el artículo 333 Superior, que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como un derecho, correspondiendo al Estado impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica. Actividad que además está sujeta a unos determinados límites como son: el ejercicio libre dentro del bien común, la libre competencia implica también responsabilidades, la empresa tiene una función social que conlleva obligaciones, el Estado evitará o controlará cualquier abuso que las empresas o personas realicen por su posición dominante en el mercado y la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Puede verse también: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-389 de 2002; sentencia C-263 de 8 de mayo de 2013.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-1162 de 2000 y C-741 de 2003. “En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que *‘en el Estado social de derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (art. 333 CP)’*, y en consecuencia su ejercicio está sometido no solo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación. [...] Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-186 de 2011. “[...] En lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, “adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cubija a todos los habitantes del territorio nacional”. Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control”.

prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario, que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”⁴⁷.

2.12 Sobre “estas bases normativas de carácter constitucional y principalmente con su referencia a los postulados económicos de la misma, artículo 333, 334 y 336, se adoptó en nuestro país un régimen evidentemente mixto, que parcialmente abandona la caracterización de servicio público como sinónimo de titularidad y función exclusiva del Estado y se adentra nuestro sistema por las vías de la aceptación para el Estado de una posición, no de habilitación absoluta, sino relativa, la de un habilitado más para la prestación de servicios públicos, al lado de la comunidad organizada y de los particulares; con el ingrediente de que en algunas hipótesis su posición es la de un mero y excepcional garante, como ocurre en las hipótesis del servicio público universal, en donde la regla general prestacional la tiene la iniciativa privada, inclusive rigiéndose su actividad prestacional, en algunas ocasiones prefijadas por el legislador, por el derecho civil o comercial”⁴⁸⁴⁹.

2.13 En ese sentido “se observa, teniendo en cuenta además los trabajos de la Corte Constitucional, que la regla general, en torno de la actividad prestacional, está compartida entre el Estado, la comunidad organizada y la iniciativa privada, en este último caso no mediante fórmulas estrictamente concesionales, sino básicamente aprovechando los espacios generados mediante la liberalización y la privatización de actividades otrora públicas, sin más títulos, en algunos casos, que

⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-150 de 2003. “Esta Corporación ha sostenido que ‘en cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no solo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares (art. 365 de la C. P). De manera tal que todos tienen igual vocación’. Precisamente, atendiendo dicho presupuesto, la Ley 142 de 1994 contempló en su artículo 10.º el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales deben cumplir con los requisitos allí señalados. Tal previsión es un reflejo del principio de participación y de la libre actividad económica e iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta, dentro de los límites del bien común.”

⁴⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

los de la libertad que sustenta a la empresa y la iniciativa privada en nuestro ordenamiento constitucional⁵⁰⁵¹.

2.14 En definitiva, “lo que se observa es el avance de las doctrinas neoliberales sobre la administración pública, con afectación directa y consecuencial en los principios y normas del derecho administrativo, con una clara y evidente ruptura del mito histórico de la escuela de los servicios públicos en el derecho colombiano⁵²⁻⁵³⁵⁴.”

2.15 Por lo tanto, “la evolución del derecho aplicable a algunas de estas actividades se modifica en lo sustancial. El derecho administrativo sufre en consecuencia un cambio cualitativo en su papel rector de la actividad pública, dejando las puertas abiertas a que el derecho privado ocupe espacios novedosos en actividades que de todas maneras se relacionan de manera directa con los intereses generales, y, sobre todo, se desliga de manera definitiva la convivencia entre función pública y servicio público que durante décadas dominó el panorama de nuestro derecho administrativo a partir de 1936”⁵⁵.

2.16 Bajo “los postulados de la Constitución de 1991, el concepto de servicio público tiene una naturaleza diversa a la de la simple función administrativa⁵⁶. Se

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-616 de 2001. “La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (art. 365 Constitución Política), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (art. 333 Constitución Política)”.

⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁵² PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, p.22.

⁵³ VIDAL PERDOMO, Jaime, “Mito y realidad del servicio público”, ponencia en el Congreso Internacional “El derecho administrativo ante el nuevo siglo”, Madrid, 2000.

⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de marzo de 2012, expediente 25693. “[...] En forma simultánea, la jurisprudencia constitucional ha venido adelantando un profundo análisis sobre la evolución de los servicios públicos domiciliarios a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, temática de la que se ocupa profusamente en los artículos 365, 367, 369, 370 y 48 transitorio, en los que se advierte: i) una distinción entre función pública y servicios públicos ii) una mayor precisión frente a la escogencia de un ‘nuevo servicio

trata, por lo tanto, de categorías conformadas por sustancia diferente, lo que significa e implica dentro del Estado de derecho, simplemente, que quien ejerce atribuciones propias de la función pública administrativa no necesariamente está desarrollando actividades prestacionales y a la inversa, si el particular cumple actividades materialmente de servicio público no necesariamente ejerce funciones públicas administrativas, rompiéndose con este postulado la concepción clásica de servicio público, en la dirección expuesta por LEÓN DUGUIT y adoptada por nuestro ordenamiento en 1936⁵⁷⁵⁸.

2.17 El “servicio público, en cambio, es sustancialmente actividad prestacional y asistencial a la comunidad, que no conlleva por regla general el ejercicio de poder, salvo que la autoridad que lo desarrolle deba acudir al poder para apoyar al servicio y su debida prestación, o que el legislador hubiere considerado prudente y oportuno asignar algunas funciones administrativas al particular para la materialización efectiva del servicio”⁵⁹.

2.18 Es pues, en el contexto de la carta constitucional, “que no todo servicio público entraña o lleva implícito el ejercicio de funciones públicas administrativas⁶⁰;

público’ basado en un modelo competitivo “a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía”:

- iii) reserva de ley para la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, “entendidos como la especie dentro del género servicios públicos” en la que se fijará su prestación, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, sistema de protección y participación democrática en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio;
- iv) la consagración de la función reguladora en cabeza del Presidente de la República como constitutiva de uno de los instrumentos más representativos y característicos de la intervención del Estado, junto con el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia;
- v) regulación que, con sujeción a la ley, pretende asegurar su prestación eficiente, la concreción efectiva de las libertades económicas, contribuir con la realización de los fines del Estado social de derecho y la satisfacción de las necesidades colectivas; y por último,
- vi) diferencia entre la competencia regulativa y la reglamentaria atribuidas en forma separada al presidente de la República”. Puede verse también: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente 2004-01640 (AP).

⁵⁷ PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, ob., cit., p.22.

⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de agosto de 1999, expediente ACU-798. “[...] función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se trate de una empresa; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencias entre el ejercicio de esta y la prestación de aquel [...] puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público [...]”.

para que esto sea así se requiere expresa manifestación del legislador de que quien desarrolla el servicio debe además cumplir precisas funciones de la administración. El Consejo de Estado así lo ha reconocido. En auto de noviembre de 1999 admitió la corporación que las universidades privadas no cumplen funciones públicas en cuanto que el concepto de servicio público es radicalmente diferente del de función pública administrativa, que sería el que habilitaría a la jurisdicción administrativa para conocer de determinados asuntos conforme al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo⁶¹⁶².

2.19 Conforme a lo expuesto, resulta “que nuestro sistema jurídico de los servicios públicos no corresponde en estricto sentido ni a una lectura de estricto derecho administrativo, que confunde servicios con función administrativa, ni tampoco a una enraizada concepción neoliberal absoluta, dependiente radicalmente de las contingencias de los mercados y de la competencia económica. Ni lo uno, ni lo otro; de aquí precisamente los grandes conflictos que el tema engendra y las profundas limitaciones para resolver elementales situaciones de estricto carácter jurídico sobre la materia, que se ven interpretadas o leídas bajo ópticas diferentes por quienes no identifican certeramente la fuente real de cada componente del sistema mixto en que nos hemos involucrado”⁶³.

2.20 El estudio de las disposiciones constitucionales permite “visualizar un régimen de los servicios públicos con influencia evidente del mercado y de la libertad de empresa e iniciativa conforme a los postulados del artículo 333 constitucional, pero también con aspectos supremamente influidos por las doctrinas intervencionistas que no permiten que el Estado se aleje

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de noviembre de 1999, expediente ACU-1016. “[...] El servicio público es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general. Por lo tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público. Así lo ha señalado reconocida parte de la doctrina. En efecto, Roberto Dromi sobre el punto dice: ‘Funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y de paz y a la actuación en derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia [...] servicio público: se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa’. De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio público de educación por los particulares, no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado. Por consiguiente, las universidades particulares prestadoras del servicio público de educación, no ejercen funciones públicas, y por lo mismo, no pueden ser demandadas en ejercicio de la acción de cumplimiento [...]”. [sic]

⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁶³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

sustancialmente de temas como tarifas, subsidios, regulación, control, inspección, vigilancia, regulaciones al mercado con propósitos de interés general, cobertura, calidad, financiación, régimen del usuario, etc. Mientras son del dominio del mercado la misma prestación, la competencia, la eficiencia, la calidad, condiciones y contenido de los contratos, etc., y en fin todas las vicisitudes propias de su dinámica asistencial⁶⁴⁶⁵.

2.21 Lo anterior, “sin desconocer la posibilidad, también constitucional, de que el Estado no solo sea regulador de los servicios sino también un prestador de los mismos en aquellos ámbitos donde todavía continúe con titularidades, como sucede en materia de construcción de infraestructura y obra pública, o incluso en el manejo de los bienes de uso público y fiscales”⁶⁶.

2.22 El “carácter mixto del régimen constitucional de los servicios públicos se acrecienta con el estudio detallado de la totalidad de la base constitucional de la materia contenida en los artículos 365 a 367 de la Carta. bajo los presupuestos de

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de marzo de 2011, expediente 2003-00650 (AG). “[...] el concepto de servicio público nunca ha sido estático, al contrario, su alcance y contenido dependen en gran medida del modelo de Estado y de las particularidades propias de cada ordenamiento jurídico. Por este motivo, es necesario cuestionarse respecto al papel que el servicio público desempeña dentro del diseño constitucional colombiano. A modo de conclusión anticipada, se puede sostener que, dado el carácter abierto de la norma constitucional, subyacen dos tendencias: de un lado, la necesidad de colaboración de los particulares en la consecución del interés general; del otro, la inevitable necesidad de intervención del Estado para garantizar índices de calidad de vida acordes con el principio de igualdad material y para hacer efectivas nuevas manifestaciones de derechos que no se caracterizan sólo por su universalidad sino por tener en cuenta diferencias materiales, económicas y culturales. Por tal razón, la norma fundamental reconoce la libertad de empresa y la iniciativa privada e instituye a la libre competencia como un derecho. Por ende, sólo la ley puede limitar o restringir la libertad económica en Colombia y dichas limitaciones deben obedecer al interés social o a la protección del ambiente y del patrimonio cultural de la Nación. La consecuencia directa de esta disposición es la imposibilidad de exigir permisos previos o autorizaciones que no hayan sido dispuestas por el legislador (art.333). Adicionalmente, se establece que la dirección de la economía se encuentra a cargo del Estado, lo cual posibilita que éste pueda intervenir en los servicios públicos y privados para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334). Dos tendencias se hacen explícitas: de una parte, un Estado que debe ser un facilitador de la actividad propia del mercado; de otra, un Estado intervencionista que incide en múltiples sectores actuando como garante de intereses colectivos. Pareciera una contradicción, pero nada más alejado de la realidad, la coexistencia de estas dos posturas obedece al carácter pluralista de la constitución del 91 y permite que se llegue a un modelo intermedio en el que el particular puede desplegar su actividad económica, pero el sector público reconduce su actuación a través de competencias de intervención y regulación. En algunos eventos incluso, el sector económico o una actividad dentro del mismo, resulta tan importante para la colectividad que puede dar lugar a una asunción directa de su prestación por parte del aparato administrativo. En otros términos, la Constitución no es ajena a que en algunos supuestos la titularidad de una actividad de servicio público siga siendo del Estado. Ello se desprende del contenido del artículo 365 en el que se señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, recayendo sobre éste la responsabilidad de su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

la concepción mixta propuesta, el contenido de estas disposiciones no puede hacerse por fuera del contexto del sistema económico definido en la Constitución Política de 1991, pero tampoco desconociendo las responsabilidades estatales en estas materias, es decir, debe corresponder a un análisis sistemático dentro del cual el legislador deberá elaborar los parámetros normativos que regirán los procesos intervencionistas del Estado y determinarán el comportamiento regulatorio de las diversas comisiones⁶⁷⁶⁸.

2.23 Se admite por la Corte Constitucional, “en consonancia con los textos constitucionales, que los particulares también pueden asumir responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos, en cuanto que a la luz de la Carta la eficiencia que ordena la Constitución para su prestación no resulta ser un privilegio de la administración pública⁶⁹. Históricamente así ha ocurrido, y el constituyente lo ha retomado en el inciso segundo del artículo 365 constitucional. Además, para la Corte Constitucional esta incorporación normativa implica de todas maneras la aceptación constitucional de la gestión privada bajo conceptos de utilidad, es decir, una participación del privado pero con sujeción a los principios y reglas propias de las doctrinas neoliberales⁷⁰⁷¹.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 11542. “Si bien es cierto que de conformidad con la Constitución Política (artículos 150.8, 150.23, 365,367 y 369) corresponde a la ley: establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, definir sus pautas, parámetros generales y aspectos estructurales, definir áreas prioritarias de inversión social, determinar el régimen de participación ciudadana y municipal, e incluir en los planes y presupuestos de la Nación el gasto social, también lo es que la misma Constitución (artículo 370) confirió al Presidente la facultad de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, funciones que puede delegar en las comisiones de regulación, circunstancia que demuestra cómo se trata de funciones que no requieren del ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario”.

⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. “La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-263 de 8 de mayo de 2013. “Cuando la prestación de servicios públicos se cumple por intermedio de particulares, el desarrollo de su actividad está constitucionalmente amparado por las libertades económicas y en particular por la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia, en los términos del artículo 333 de la Carta Política. Sin embargo, la misma norma reconoce que esos derechos pueden ser restringidos y señala expresamente que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Adicionalmente, el artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011), asigna al Estado la dirección general de la economía y le impone el deber de intervenir, “por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Significa lo anterior que las restricciones a las libertades

2.24 Esta configuración, “desde la argumentación de la jurisprudencia constitucional acerca del alcance del artículo 134 de la ley 142 de 1994 implica que la “realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste de satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas. La prestación del servicio tiene como destinatario a los usuarios, esto es, a quienes son titulares de dichas necesidades y demandan por consiguiente su satisfacción”⁷²⁷³.

2.25 La “simple aproximación a la relación normativa constitucional estructurada por los artículos 365 a 370 efectuada en la perspectiva y consideración de su carácter de normatividad especial, de interpretación restrictiva y por lo tanto desplazante de cualquier análisis sistemático que pudiere desconocer su naturaleza de contexto positivo comprometedor del Estado con su prestación, regulación, control y vigilancia, sostiene que la intención real y efectiva del constituyente en la incorporación de este régimen superior para los servicios radica en la conservación de todos los privilegios tradicionales para el poder público administrativo, en una especie de prolongación de su naturaleza de función administrativa dentro de un Estado actuante e interventor en la materia. Esta consideración se desprende principalmente del contenido simple y directo del inciso primero del artículo 365 constitucional, cuando señala que “[...] Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional [...]”, de donde se desprende su naturaleza de compromiso institucional con raíces en el régimen de deberes y responsabilidades estatales frente a la población⁷⁴⁷⁵.

económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio”.

⁷¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-636 de 2000.

⁷³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁷⁴ De alguna forma la doctrina nacional retoma esta posibilidad de lectura para el régimen de los servicios públicos. El profesor PALACIOS MEJÍA (*El derecho de los servicios públicos*, cit., p. 19) sostiene que dada la vaguedad de la redacción constitucional en relación con los servicios públicos, de la redacción del artículo 365 constitucional es posible entender que los servicios públicos en su integridad son de responsabilidad

2.26 La anterior tesis “se ratifica con el texto del inciso segundo de esta misma disposición constitucional, que deja claramente establecido que el legislador determinará un especial régimen jurídico tendiente a asegurar estos compromisos. Régimen que, por lo demás, destaca el papel del Estado no solo como prestador directo o indirecto de los servicios, sino también como regulador, controlador y vigilante de los mismos, en cuanto actor principal de toda las secuencias e instancias en que se comprometan temas relativos a estos asuntos”⁷⁶.

2.27 Así mismo, “si la intención del constituyente fue someter a un estatuto propio los servicios públicos, significaba que la idea matriz de todos los análisis políticos, sociales y económicos en la Asamblea Nacional Constituyente fue dirigida a crear un mecanismo normativo de estricto derecho administrativo, de lo contrario el constituyente se hubiere limitado a remitirse al derecho ordinario para regir este tipo de actividades fundamentales para la comunidad”⁷⁷.

2.28 A todo lo anterior cabe agregar, siguiendo la jurisprudencia contencioso administrativa, que la “definición de los servicios públicos domiciliarios no se realizó en la Constitución, esta tarea la llevó a cabo el legislador. Así, el artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994 establece que los servicios públicos domiciliarios “Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica y conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible (...)”⁷⁸⁷⁹.

Estatal. “[...] La Constitución proporciona unos pocos elementos para elaborar el concepto de servicios público, pero, en cambio, se esmera en comunicar la idea de que son algo muy importante para la comunidad: por eso proclama que son ‘inherentes a la finalidad social del Estado’. Podría decirse, con base en el artículo 365, que si existe Estado es, entre otros fines, para que se ocupe de los ‘servicios públicos’ [...]”.

⁷⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁷⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁷⁸ Cabe señalar que la Ley 142 de 1994 enumeró las actividades que pueden enmarcarse dentro de la categoría de servicio público; sin embargo, la delimitación de sus rasgos característicos ha sido una tarea de la jurisprudencia. Así, la Corte Constitucional los ha definido como “*aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas*”. Sentencia T – 578 de noviembre 3 de 1992. Magistrado. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

2.28 Determinado el alcance de conceptual de los servicios públicos, la Sala delimita los sujetos que pueden considerarse empresas de servicios públicos, las libertades de entrada, empresa e iniciativa privada.

2. Determinación de las empresas de servicios públicos y las libertades de entrada, empresa e iniciativa privada.

3 Se trata “de aquellas empresas constituidas por acciones, que puede ser (1) públicas, (2) mixta, o (3) privadas. Dentro de sus características se puede identificar: (1) pueden estar participadas por otras empresas de servicios públicos, o por aquellas que presten un servicio o provean un bien para cumplir con el objeto, o puede tratarse de comunidades organizadas; (2) su capital puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros; (3) cuando su naturaleza sea mixta, si el aporte estatal consiste en el usufructo de bienes ligados a la prestación de los servicios, su suscripción, avalúo y pago se regulan por las normas de derecho privado; (4) pueden operar, en igualdad de condiciones, en cualquier lugar del país; (5) para los municipios menores y zonas rurales la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial para la conformación de las empresas de servicios públicos^{80”81}.

⁸⁰ Así pues, la Ley 142 de 1994 señala con relación como sujetos habilitados para prestar estos servicios públicos domiciliarios a las empresas de servicios públicos domiciliarios; personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central la prestación de los servicios públicos; las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley y las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17. Adicionalmente, estas empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser oficiales, mixtas o privadas, dependiendo del origen de los aportes. Será oficial, si los aportes son 100% de entidades estatales. Mixta, cuando el aporte estatal es igual o superior al 50% y Privada, cuando el capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales. Así también lo ha resaltado el precedente jurisprudencial: “(...) Ahora bien, respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios el legislador también consagró un régimen mixto, lo que significa que dichas empresas pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social. Así, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente: Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. 14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. El tema de la naturaleza jurídica de las empresas oficiales de servicios públicos no genera ninguna dificultad, pues al no tener en su capital social aportes privados, éstas son definidas como entidades públicas y, más aún, después de que la Ley 489 de 1998, al establecer la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos, artículos 38 y 68. (...)”. “(...) Ahora bien, la Ley 142 de 1994 autorizó la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de empresas oficiales, mixtas y privadas- constituidas como sociedades por acciones y de entidades descentralizadas de cualquier orden

3.1 La Ley 142 de 1994 “en su artículo 1º permite distinguir entre la actividad que despliegan las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios⁸², de aquellas que prestan servicios públicos en general y las que realizan las denominadas “actividades complementarias”⁸³⁸⁴.

3.2 Dichas empresas, singularmente consideradas, “se caracterizan porque dentro de su objeto social se comprende la planeación, realización y ejecución de actividades de gestión, entre las que se tiene la facturación, el cobro, la atención y resolución de quejas y reclamos, tal como lo consagra la Ley 142 de 1994 en sus artículos 14.9 [factura de servicios públicos], 147 [naturaleza y requisitos de las

territorial que a la entrada en vigencia de esa ley estuvieran prestándolos, sujetas estas últimas al deber de adoptar la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, dentro de los dos años siguientes, cuando los propietarios “no deseen que su capital esté representado en acciones” -arts. 15, 17 y 180-. Posteriormente, la Ley 286 del 3 de julio de 1996, dispuso que “[l]as entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley” -art. 3º-. (...)”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Radicación No.: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP) C.P.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO.

⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 736 de 2007. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. “[...] la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. 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”. Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el criterio de la Corte “el hecho de que la Constitución, en el numeral 7º del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto”

⁸³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de agosto de 2001, expediente 12129, CP: GERMÁN AYALA MANTILLA. “Desde el primer artículo de la Ley 142 de 1994, el legislador diferenció la actividad que realizan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de las prestadoras de servicios públicos en general y de las prestadoras de actividades complementarias, a las cuales si bien estableció que se les aplica la misma ley, no indicó y ello no se desprende, que tengan siempre el mismo tratamiento jurídico o que se traten de la misma actividad, pues una cosa es estar sujetas a la misma ley y otra muy distinta, que dicha legislación tenga idéntico tratamiento para ellas como si se trataban de una sola actividad. En consecuencia, no obstante estar estas actividades sujetas todas a las previsiones de la Ley 142 de 1994, no significa que el tratamiento que les otorga la ley a cada una de ellas sea necesariamente el mismo, pues como se verá, consagra tratamientos diferenciales dependiendo de la actividad de que se trate. Para tal efecto la misma ley en su artículo 14 consagró una serie de definiciones, que deben tenerse en cuenta para interpretarla y aplicarla”.

⁸⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

facturas], 148 [requisitos de las facturas], 149 [revisión previa de las facturas], 150 [cobros inoportunos], 151 [facturas y democratización de las propiedades de las empresas], 153 [oficina de peticiones y recursos], 155 [pago y recursos contra facturas] y 156 [causales y trámites de recursos]. De esta manera, la consideración de una empresa prestadora de servicios públicos en Colombia no se agota en su ámbito operativo, sino que comprende la organización y despliegue administrativo⁸⁵, con el que se atiende la relación entre ésta y el usuario final, o con otras empresas o usuarios”⁸⁶.

3.3 Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección C “respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios el legislador también consagró un régimen mixto, lo que significa que dichas empresas pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social. Así, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente:

“Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”⁸⁷.

3.4 Luego, “la naturaleza jurídica de las empresas oficiales de servicios públicos no genera ninguna dificultad, pues al no tener en su capital social aportes privados, éstas son definidas como entidades públicas y, más aún, después de

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de noviembre de 2001, expediente 4993. CP. CAMILO ARCINIÉNGAS ANDRADE.

⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423. “[...] Tratándose de los sujetos que pueden prestar los servicios públicos domiciliarios, el legislador estableció expresamente qué personas pueden prestar estos servicios. Así, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 dispuso: Pueden prestar los servicios públicos: 15.1. Las empresas de servicios públicos. 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley. 15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley. 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17”.

⁸⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

que la Ley 489 de 1998, al establecer la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos, artículos 38 y 68⁸⁸.

3.5 De otra parte, en “el derecho colombiano de los servicios públicos, la libertad de entrada tiene fundamentos en el artículo 333 de la Constitución al proclamar la libertad de empresa y de iniciativa privada como fundamento de nuestro sistema económico, conceptos claramente recogidos en el artículo 2.º numeral 6 de la Ley 142 de 1994, cuando proclama que uno de los objetivos de la intervención del Estado en materia de servicios públicos es garantizar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante por los actores del mercado. Se reitera el postulado en el artículo 10.º del mismo estatuto, cuando incorpora al ordenamiento legal el concepto de libertad de empresa para la prestación de servicios públicos, sujeta al marco de la Constitución y de la ley. Se consolida el concepto de mercado y de competencia en el artículo 35 de esta codificación, al exigirles a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en el mercado, que cuando deban adquirir bienes o servicios para la prestación de los asignados a ellas tendrán que hacerlo mediante los procedimientos que aseguren amplia concurrencia en igualdad de condiciones. Lo que se observa de la legislación colombiana a este respecto es la tendencia a mantener las condiciones propicias para el fomento del mercado y de la libre competencia en los servicios públicos”⁸⁹⁹⁰.

3.6 En “la Ley 143 de 1994 la libertad de entrada se deduce de la redacción del literal a del artículo 3.º, cuando le atribuye al Estado el deber de promover la libre competencia en las actividades del sector. Este concepto es reiterado en el artículo 7.º, cuando llama a la pluralidad de oferentes en el sector para que dentro de un régimen de libertad presten los servicios que les corresponda en un contexto de libre competencia”⁹¹.

⁸⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*,

3.7 Esta libertad “está sujeta, como se advierte, a las exigencias del legislador en torno de las características y los requisitos para que los actores del mercado en cuanto productores, generadores, transportadores, comercializadores, etc. puedan introducirse en su tráfico jurídico. Al respecto en el régimen nacional encontramos que en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 el legislador indica de manera taxativa quiénes pueden prestar los servicios públicos, señalando las siguientes personas: las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, mediante su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas conforme la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17 de la misma ley”⁹².

3.8 De igual manera, “en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso,

Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En tratándose de entidades descentralizadas estatales, la ley circunscribe su régimen jurídico al de sociedades o empresas industriales y comerciales, cuando sus propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones”⁹³.

3.9 Determinadas los anteriores aspectos, la Sala aborda la prestación de los servicios públicos por comunidades organizadas.

3.- La prestación de los servicios públicos por comunidades organizadas.

3 Concebido “el modelo de prestación de servicios públicos bajo la libertad de empresa, de entrada e iniciativa privada, el artículo 365 de la Carta Política establece que la prestación de tales servicios puede ser realizada por comunidades organizadas⁹⁴. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si “bien el artículo 365 de la Carta, al autorizar que las “comunidades organizadas” pudieran prestar directa o indirectamente servicios públicos, no estableció una forma jurídica específica bajo la cual éstos participarían, sí distinguió su actividad de aquella que pudiera prestar los particulares [...] Así lo entendió el Legislador en la Ley 142 de 1994, que al señalar que las “organizaciones autorizadas” podían participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las separó del régimen aplicable a las empresas de servicios públicos y de otras formas de organización, inspiradas principalmente por un interés empresarial. El desarrollo posterior de la Ley 142 de 1994 en materia de participación de las “organizaciones

⁹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁹⁴ “Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares [...]” [subrayado fuera de texto]. Puede verse: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-483 de 1996. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-665 de 8 de junio de 2000. “[...]En cuanto servicio público, según lo dispone el artículo 365 de la Carta, es deber del Estado asegurar la atención, protección y prestación eficiente de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional. Pero el hecho de que corresponda al Estado garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos no significa que tenga que asumir en forma directa su prestación, pues el texto constitucional es claro al señalar que los servicios pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-172 de 2014. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, expediente 46992. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia de 19 de agosto de 2010, expediente 2004-00115.

autorizadas” en la prestación de servicios públicos refleja la especificada de este ánimo solidario. Lo anterior no significa que el concepto “comunidades organizadas” sea asimilable al concepto de “organizaciones autorizadas” puesto que este último también puede comprender “particulares” que se organicen en una forma distinta a una empresa, en los términos que señale la ley”⁹⁵⁹⁶.

3.1 Debe tenerse en cuenta que “según lo consagrado por el artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994 la prestación de los servicios públicos no está limitada a un tipo único, sino que la cláusula constitucional mencionada del artículo 365 establece la convergencia tanto del Estado, las comunidades organizadas y de los particulares⁹⁷. De ahí pues, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que la “intervención del Estado en la economía, en particular en el ámbito de los servicios públicos, está ligada al deber que en él recae de garantizar la realización efectiva de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho. En orden a cumplir dicho objetivo, con la Constitución de 1991 se da entrada a sujetos de distinta naturaleza (comunidades organizadas y/o particulares) habilitándolos para prestar servicios, pero bajo la regulación que para cada caso corresponde fijar al Legislador. Es así como se garantiza, de una parte, que los agentes externos al Estado pueden ejercer sus libertades económicas dentro de la dinámica propia del mercado; y de otra, que se va a asegurar la prestación eficiente de servicios y a proteger los derechos de los usuarios bajo los límites constitucionales y legales trazados”⁹⁸⁹⁹.

3.2 En el contexto interpretativo, “la gestión o prestación de los servicios por los particulares o por la comunidad organizada sería excepcional y sometida al régimen jurídico especial creado por el legislador, en donde debía regularseles como una alternativa de colaboración y no de sustitución del Estado. Estas ideas

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-741 de 2003. “[...] La actividad de las “organizaciones autorizadas” que participen en la prestación de los servicios públicos se orienta al mejoramiento de la calidad de vida de sus asociados y de la comunidad en general, así como al logro de fines altruistas a favor de grupos marginados, o discriminados, sin que ello signifique que su objeto no pueda comprender que la prestación de los servicios públicos se lleve a cabo con eficiencia y calidad en beneficio también de los usuarios de los mismos”.

⁹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-741 de 2003.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-263 de 2013.

⁹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

son complementadas con las conclusiones extraídas del estudio del artículo 366 de la Carta, del cual se desprenden irrefutables compromisos públicos frente a las necesidades básicas de la población, que deben ser satisfechas con recursos públicos debidamente presupuestados en el denominado gasto público social¹⁰⁰101.

3.3 Con base en lo anterior, la Sala encuentra como criterios para la afirmación de la prestación de los servicios públicos por comunidades organizadas los siguientes: (1) su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 365, pero con incidencia en los principios de igualdad, de libre asociación y de realización de la participación democrática; (2) dicho fundamento se concreta legalmente en lo establecido en la Ley 142 de 1994 [art.15.4], y tiene como vocación que puedan participar bajo las reglas de la libertad de empresa, de entrada e iniciativa privada, y procurando la eficacia, eficiencia y regularidad en la prestación de los servicios públicos; y, (3) la forma como se organicen estas comunidades exige que en su objeto se deje comprendida la prestación de los servicios en toda su extensión¹⁰².

3.4 Delimitadas las anteriores cuestiones, la Sala estudia los presupuestos en los que se sustenta el régimen de contratación de los servicios públicos domiciliarios.

4. Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

5 El servicio público “rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil, que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza, esto es, a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también, y de manera especial, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y

¹⁰⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁰¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-741 de 2003. “

prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa^{103,104}.

5.1 En cuanto a “los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo”¹⁰⁵.

5.2 De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el genero incluye la especie¹⁰⁶. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, ob., cit.

¹⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁰⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁰⁶ En relación con la especialidad del derecho de los servicios públicos véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997.

tema¹⁰⁷. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, **así como los requeridos para la administración** y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”¹⁰⁸.

5.3 Un aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 65-68.

¹⁰⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

¹⁰⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

5.4 Este “contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado¹¹⁰, que indudablemente influyen y determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación^{111”112}.

5.5 Los “desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos”¹¹³.

5.6 En este sentido, “puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la

¹¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (e tal), *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp.19 ss.

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente S-701. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: “[...] los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria...c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas...e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa [...]”.

¹¹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el *dumping* y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden¹¹⁴115.

¹¹⁴ Este problema ya había sido resuelto por la Corte Constitucional, incluso con anterioridad a la claridad legislativa que hoy nos brinda la Ley 689 de 2001, al respecto señaló la corporación en la sentencia 066 de 1997 lo siguiente: En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas...Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior...Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor. Así mismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política". En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para

5.7 De “la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo¹¹⁶¹¹⁷.”

5.8 La “insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “[...] Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor

organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.

¹¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 20 de 2005, expediente 23835. Esta posición doctrinal ha sido históricamente reiterada y aún hoy se mantiene intacta como una verdad incontrovertible que genera seguridad jurídica y que no puede ser desconocida por ningún operador o interprete de las normas sobre servicios públicos domiciliarios. Precisamente en reciente providencia del H. Consejo de Estado se indico sobre este tema lo siguiente: “La anterior cita muestra como la Ley 142 de 1994 previó situaciones específicas, sobre casos en los cuales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública era aplicable a los contratos de empresas de servicios públicos, no sin antes advertir que la generalidad de la norma, es que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a las empresas estatales que presten servicios públicos. Al tomar en conjunto los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se tiene que existe una regla general sobre las normas aplicables a las empresas de servicios públicos, seguida por unas excepciones a la regla, las cuales se encuentran diseminadas en otras disposiciones de la Ley 142. Para una mejor comprensión de lo expuesto, se observa que: La regla general indica que los actos y contratos de las empresas de servicio público -incluido su constitución- se someterán a las reglas de derecho privado (Art. 32), sin importar que las mismas sean de carácter público (Art. 31 Inc. 1°). la excepción a la regla general se inicia con la posibilidad de incluir forzosamente cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por cualquier empresa de servicios públicos (Art. 31 Inc. 2°). Otras excepciones a la regla se encuentran diseminadas a lo largo de la Ley 142 (Arts. 39, 44.4, 154 entre otros) La sola interpretación sistemática de las normas en mención, arroja la solución legal al problema de competencia sometido a la consideración de la Sala, pues se entiende que la generalidad de las normas aplicables al tipo de contrato demandado, son las reglas de derecho privado”.

¹¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política [...]”. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado”¹¹⁸.

5.9 Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás”¹¹⁹.

5.10 Cuando se trata de “la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya comprensión implica que el no someterse al Estatuto mencionado implica que en el desarrollo de la actividad contractual por las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta Política, así como los mandatos convencionales tanto sustanciales de la Convención Americana de Derechos Humanos [en especial la garantía efectiva de

¹¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

los derechos –artículo 1-; a la protección de la vida –artículo 4.1-; a la protección de la integridad personal –artículo 5.1-; a la igualdad ante la ley –artículo 24.; y, a la protección o garantía judicial efectiva –artículo 25-], como aquellos en los que se afecte a las personas o colectividades por virtud del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador-, [especialmente cuando se trata de la protección eficaz de los dlos derechos a la salud –artículo 10- y a un medio ambiente sano –artículo 11- que puedan resultar vulnerados con ocasión de la prestación, no prestación o deficiente prestación de los servicios públicos]”¹²⁰.

5.11 Es de advertir, “que cuando esta norma tuvo vigencia en los términos iniciales de la ley 142 de 1994, siempre se consideró que estaba mal redactada. Sin embargo, por fuera de esta consideración, lo único que se podía concluir de la remisión que el artículo 31 original de la ley 142 de 1994 hacía al párrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es que se reiteraba que el régimen jurídico de las empresas que tenían por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no podía ser otro que el derecho privado. Así lo entendía el Consejo de Estado al aplicar esta norma cuando era procedente¹²¹”¹²².

5.12 Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada “fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e

¹²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 10 de 2004., expediente 24764. “A pesar de que la ley 80 enmarcó los contratos en una sola categoría, en el párrafo 1º del art. 32 determina que los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que “correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social” no están sujetos a las disposiciones de ese régimen de contratación y “se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. Sobre esa disposición, la sala plena de esta corporación señaló que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal “no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades”.

¹²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

impide que el interprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado”¹²³.

5.13 Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”. Este planteamiento de la ley resulta entonces coherente con lo dispuesto en el artículo 8 del estatuto contractual de la empresa, Acuerdo de junta directiva No. 04 de 2001, que al establecer el régimen jurídico de los contratos señala de manera perentoria que las autoridades deberán dar perentoria e imperativa aplicación a las disposiciones civiles y comerciales¹²⁴”¹²⁵.

5.14 Se relaciona, también, “por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales

¹²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25453. Sobre la magnitud de este cambio legislativo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que esta ley aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por esta Sección al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes "todo lo relativo a tales cláusulas" se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y "los actos" en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.”

¹²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético¹²⁶¹²⁷.

5.15 Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo¹²⁸, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder

¹²⁶ Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos al ser consultada sobre el régimen de contratación que le es aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, señaló que a estas no les son exigibles las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, conforme a lo consagrado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Adicionalmente, estableció que “la norma general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos en que como se dijo anteriormente, en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la ley de servicios públicos. Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos es de derecho privado salvo las excepciones previstas en la Ley 142 de 1994, ello no significa que en los procesos de contratación que se celebren no deban observarse los principios de transparencia y de libre competencia, ya que conforme lo dispone el artículo 30 ídem, las normas sobre contratos que contiene la Ley 142 de 1994 se interpretarán y aplicarán de acuerdo con los principios del Título Preliminar de la misma, en la forma que mejor garantice la libre competencia de oferentes y que mejor impida los abusos de posición dominante”. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Concepto jurídico No.624 de octubre 8 de 2010, en [www.superservicios.gov.co].

¹²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹²⁸ Por otra parte, si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 21.178.

concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.

5.16 Tratándose del estatuto jurídico para el servicio público de electricidad, la “Ley 143 de 1994, el párrafo del artículo 8 es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que “[...] El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...]”. Esto es, que el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado”¹²⁹.

5.17 El principio tiene varias reiteraciones en los artículos 10, 76 y 84 de la misma Ley 143 de 1994. En “el artículo 10, al referirse a los diferentes agentes económicos que pueden participar en la prestación de los servicios propios de esta actividad de servicios cuando sean convocados por el Estado, indica la ley, estos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo previsto en esta ley, en el derecho privado o en disposiciones especiales según la naturaleza jurídica de los mismos, es decir, si se trata de contratos que por disposición legal se rijan por el derecho privado, estos agentes deberán acatar integralmente este subsistema jurídico para efectos de sus negocios. Por el contrario, si el contrato correspondiente es de los que deben regirse por ejemplo por la Ley 80 de 1993, el agente no podrá desprenderse de su contenido normativo y de principios, no otra cosa puede deducirse de la expresión final del artículo, según la cual se debe respetar la “naturaleza jurídica “ del contrato correspondiente”¹³⁰.

¹²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

5.18 En “el artículo 76, se establece una clara y directa excepción al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define los sujetos objeto de aplicación del Estatuto de Contratación del Estado colombiano. En esta disposición, se indica que todos los actos y contratos, excepto los de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones del sector, en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”¹³¹.

5.19 A su vez, “el artículo 84 de la Ley 143 de 1994 recoge para el régimen jurídico privado de los contratos en servicios públicos un aditamento de naturaleza administrativa al obligarlas a respetar las previsiones del estatuto de la contratación estatal, en cuanto se refiere a los requerimientos a los oferentes nacionales, los cuales no pueden en ningún momento romper el principio de igualdad con los extranjeros, creando en el mercado diferenciaciones o distinciones artificiales e injustificadas que puedan reducir la participación y concurrencia dentro de una economía libre”¹³².

5.20 Por último, tratándose del sector de energía eléctrica, “se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes entre otros principios de los establecidos en el artículo 209 de la Constitución y, por esta vía, los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación”¹³³.

¹³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. Indica la disposición que “[...] De conformidad con lo que disponga el Estatuto de Contratación Administrativa, las entidades del sector no exigirán a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, requisitos y condiciones distintos a los requeridos a los oferentes de bienes y servicios extranjeros [...]”.

¹³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. “[...] Determina de manera perentoria la disposición que “[...] En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas

5.21 Conforme a lo expuesto, “si bien es cierto que se postula para el sector eléctrico como régimen jurídico propio para sus actos y contratos el del derecho privado bajo un criterio de interpretación sistemática, se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional, según la redacción del artículo 83 de la Ley Eléctrica. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable”¹³⁴.

5. Presupuestos para la determinación de la naturaleza jurídica de las Sociedades Archipiélago`s Power & Light Co. S.A (E.S.P) e Islaña de Servicios S.A. (E.S.P).

6 En el caso en cuestión, tanto la sociedad contratante como la contratista son empresas de servicios públicos (E.S.P), constituidas como una categoría jurídica diferente consagrada en la Constitución de 1991.

6.1 Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 33 de 1995 ELECTROSAN se transformó en Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P¹³⁵, sociedad de economía mixta por acciones del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y con domicilio en San Andrés Isla. Cabe mencionar, que la tutela administrativa financiera y técnica de esta sociedad estaba a cargo de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA, quien sería la responsable de coordinarla con la política General del Gobierno Nacional.

en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos [...]”.

¹³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹³⁵ Sociedad constituida mediante escritura pública No. 596 del 5 de marzo de 1974, otorgada ante la Notaria 13 del Circuito de Santafé de Bogotá y conformada a raíz de la reestructuración de la Sociedad Electrificadora de San Andrés y Providencia –ELECTROSAN-.

6.2 Ahora bien, entre las actividades autorizadas tendientes a cumplir el objeto social¹³⁶ de la empresa, se encuentran las siguientes:

a) Ejecutar las actividades de distribución de energía eléctrica en el área geográfica del Departamento de San Andrés y Providencia, mediante la utilización de los activos de distribución, líneas de transmisión, redes de distribución y demás bienes de su propiedad;

b) Prestar servicios técnicos de interventoría en la ejecución de los contratos que se celebren con el objeto de gestionar o suministrar el servicio público de energía eléctrica en el Departamento de San Andrés y Providencia, con sujeción a las disposiciones legales que rigen la materia;

c) Conforme a la ley, administrar los recursos presupuestales que asignen las entidades públicas con destino a los subsidios de los usuarios de menores ingresos del servicio de distribución de energía eléctrica;

d) Velar por la protección de los derechos de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, y poner en conocimiento de las autoridades competentes toda actuación que atente contra los principios que rigen su prestación o desconozcan las disposiciones legales aplicables a dicha actividad.

6.3 Frente al régimen jurídico¹³⁷ aplicable a este tipo de empresas corresponde al derecho privado y a las disposiciones contenidas en este Decreto, por lo cual no requieren de permisos o autorizaciones distintas a los contemplados en la ley o en reglamentos especiales. Así mismo, en cuanto al servicio público de electricidad se someten a lo consagrado por los artículos 5 [“La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública”], 6 [“Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se registrarán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad”], y 7 [“En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre

¹³⁶ Artículo 2 del Decreto 33 de 1995

¹³⁷ Artículo 3 del Decreto 33 de 1995

competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3o. de esta Ley. En los casos señalados por la ley, para operar o poner en funcionamiento los proyectos, se deberán obtener de las autoridades competentes los permisos respectivos en materia ambiental, sanitaria, uso de aguas y los de orden municipal que sean exigibles”¹³⁸]. Así mismo, de acuerdo con el artículo 76¹³⁹ de la Ley 143 de 1994, se reitera, los actos y contratos de las sociedades por acciones que se constituyan con participación en el capital social de entidades públicas –como en el caso en concreto Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P., dentro de cuyo objeto principal se encontraba la distribución de energía, se regirán por las normas de derecho privado.

6.4 Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección tiene consolidado que “respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios el legislador también consagró un régimen mixto, lo que significa que dichas empresas pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social”¹⁴⁰.

6.4 Ahora bien, la Junta Directiva autorizó mediante acta No. 173 del 3 de mayo de 1996 al Gerente para contratar directamente con la sociedad Isleña de Servicios “ISSESA”, la operación del sistema de distribución y comercialización de energía eléctrica en la isla.

6.5 De otra parte, Isleña de Servicios S.A. (E.S.P) fue constituida como una sociedad anónima mediante las escrituras públicas Nos.1724 del 7 de diciembre

¹³⁸ “**Parágrafo.** La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas”.

¹³⁹ “Artículo. 76. Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”. Puede verse: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente 39332.

¹⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423. “Así, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente: “Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. 14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. El tema de la naturaleza jurídica de las empresas oficiales de servicios públicos no genera ninguna dificultad, pues al no tener en su capital social aportes privados, éstas son definidas como entidades públicas y, más aún, después de que la Ley 489 de 1998, al establecer la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos, artículos 38 y 68”.

de 1993 y 1863 del 27 de diciembre de 1993, otorgadas en la Notaría Única de San Andrés Isla e inscritas en la Cámara de Comercio de San Andrés y Providencia, con domicilio en la ciudad de San Andrés Isla.

6.6 Con relación, al objeto social de la sociedad tenemos que dentro de las actividades a desarrollar se establecieron, entre otras, las siguientes:

a. Compra, generación, distribución de energía eléctrica y/o solar, o la administración de estos servicios. En principio en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, posteriormente podría ampliarse a otros territorios nacionales e internacionales.

b. También la prestación de cualquier servicio público como suministro de agua potable, telefonía celular, alcantarillado, aseo, emisión de señales para canales de televisión, televisión por cable y otros similares a los anteriores.

c. Celebrar contratos de sociedad, licitar, consorciarse, tomar interés o participación en sociedades o empresas que tengan un objetivo similar, complementario o auxiliar al suyo, celebrar contratos de leasing, underwriting y en general con entidades del sector financiero y bursátil.

d. La inversión de bienes propios en bienes inmuebles, urbanos y/o rurales y la adquisición, administración, arrendamiento o gravamen o enajenación de los mismos, entre otros.

6.7 Conforme con lo anterior, tenemos que la naturaleza jurídica de la empresa Archipiélago's Power & Light Co. S.A. E.S.P¹⁴¹, es una sociedad de economía mixta por acciones del orden nacional con un régimen jurídico especial, en los términos definidos en el acápite anterior, y la de Isleña de Servicios S.A. (E.S.P) es privada, conformada como una sociedad anónima.

6. Contenido y características del contrato especial de gestión y apoyo de actividades inherentes o relacionadas con la prestación del servicio público de electricidad.

¹⁴¹ Sociedad constituida mediante escritura pública No. 596 del 5 de marzo de 1974, otorgada ante la Notaria 13 del Circuito de Santafé de Bogotá y conformada a raíz de la reestructuración de la Sociedad Electrificadora de San Andrés y Providencia –ELECTROSAN-.

7 El proceso sometido a estudio, se encuentra referido a la celebración de un contrato denominado especial para efectos de la gestión de los servicios públicos, fundamentado en lo consagrado en el 39.3¹⁴² de la Ley 142 de 1994, el cual consagra que las entidades oficiales pueden transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos; o

¹⁴² **Artículo 39. Contratos especiales.** Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales: 39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales.

La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

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

Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora.

Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas.

39.2. Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato.

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

A los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.

39.3. 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; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o mas usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o mas usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o mas entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.

39.5. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa;

Parágrafo. Modificado por el art. 4, Ley 689 de 2001. Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1., 39.2. y 39.3., no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría.

concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban¹⁴³.

7.1 De los contratos especiales relacionados con actividades ligadas a la prestación de un determinado servicio público, consagrados en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, con relación al contrato de gestión se pueden establecer las siguientes características:

(1) Se entiende por contratos de gestión en materia de servicios públicos domiciliarios los referidos en el artículo 39.3 de la ley 142 de 1994, los cuales son (i) negocios de contenido económico, (ii) onerosos, (iii) sinalagmáticos, (iv) conmutativos, (v) no solemnes¹⁴⁴, (vi) principales, (vii) excepcionalmente accesorios, (viii) sujetos por regla general a un régimen de derecho mixto, preponderantemente privados, (ix) a través de los cuales las entidades titulares de un servicio público, o el concesionario, pueden entregar a un operador la gestión, o la operación total o parcial de actividades concernientes al servicio público, lo cual lo diferencia de los contratos de concesión que en el mismo artículo

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, sentencia de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701. “[...] d) El art. 39 trae una lista de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos; y salvo el de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para el acceso al espectro electromagnético, que se rigen por el derecho público, todos los demás se gobiernan por el derecho privado, según la estipulación prevista en el párrafo de dicho artículo; o sea los contratos enunciados en los arts. 39.2, 39.3, 39.4 y 39.5”. Dicha jurisprudencia encuentra una posición diferente en: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, expediente 2005-00005 AP. “[...] en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado. Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado. Dentro de las normas exceptivas a la regla remisoria al derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3° de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1° de la Resolución CRA 242 de 2003). Conclusión que viene de armonizar el párrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos “para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos”.

¹⁴⁴ Esto es, las empresas podrán pactar las solemnidades para efectos de seguridad jurídica o prueba, o establecer reglas en sus manuales de contratación.

mencionado se señalan¹⁴⁵; y, (x) tiene un carácter instrumental o de apoyo en la prestación del servicio público.

(2) Se trata de un contrato que no tiene que ver con aquellos establecidos en el capítulo XI de la Ley 143 de 1994 [artículos 55 a 68], en especial el de gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, lo que implica su sujeción a las reglas y normas de derecho privado.

(3) En cuanto a su contenido, tratándose de contratos sin una regulación material específica, debe decirse que será el que de acuerdo con las normas comerciales corresponda a su esencia y naturaleza, e igualmente, comprendiendo aquellas accidentales que teniendo en cuenta el tipo de servicio y objeto correspondiente se requieran para hacerlos viables. Luego, podrá contener las modalidades,

¹⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Tesis doctoral sustentada el 10 de febrero de 2010 en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el catedrático de derecho administrativo Luciano Parejo Alfonso, pp.401 a 405. La concesión es un “modelo de negocio, que si bien es cierto, se ubica dentro de los pocos que tienen una descripción normativa en la ley, al fin y al cabo hace parte de los contratos que por excepción el legislador tipificó en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, su tipificación de poco o nada sirve en procura de una detallada, cierta y objetiva aproximación conceptual en torno a la figura; todo lo contrario, nos encontramos ante una anormal nominación negocial, que lo único que hace es destacar precisamente las características de abierta e impredecible de la institución; modelo en blanco llamado a ser cargado en todos sus aspectos por la administración en cada caso concreto, no de manera arbitraria, sino siempre en la perspectiva del interés general, esto es, de manera planificada, razonada, proporcional y si es del caso, ponderando los principios fundamentales que eventualmente puedan entrar en conflicto al momento de adoptar la [sic] mejores decisiones en la materia [...] a través del contrato de cesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberadores, y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o mérito, resuelve hacerlo de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular, los componentes que considere necesarios y adecuados para ser ejecutados por el concesionario por su cuenta y riesgo, pero bajo su inmediata supervisión y control. El concesionario debe asumir, de conformidad con lo razonado en la estructuración, los riesgos propios de su gestión que le hubieren sido asignados de manera proporcional y razonable. La concesión no configura de ninguna manera un desprendimiento absoluto de la actividad por el Estado, este continua siendo titular de la misma, por adscripción normativa superior. Razón elemental y más que obvia para suponer, que el Estado, tiene el deber de ejercer la permanente vigilancia y control del contrato, lo cual se justifica en cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público a nombre del Estado para la comunidad. Por su misma naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter de privado para el ejercicio de las actividades contratadas, está sujeto y subordinado por la ley, al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se la explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos [...] En desarrollo del anterior marco normativo y conforme a la caracterización señalada, podemos destacar, que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal con objeto pluricompreensivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas [...] Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo negocio. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad”.

condiciones, y en general las cláusulas que las partes consideren convenientes para el cumplimiento de las prestaciones pactadas¹⁴⁶.

(4) Es un contrato, visto desde la perspectiva del caso en concreto, cuyo objeto está comprendido por la gestión de actividades relacionadas con la prestación del servicio público de electricidad, en especial para la distribución y comercialización de la energía [con base en el artículo 5 de la Ley 143 de 1994].

(5) Ahora bien, a partir de la vigencia de la Ley 689 de 2001 la naturaleza jurídica de un tipo de contrato como el de gestión se somete a un régimen mixto, no únicamente de derecho privado sino que comparte principios y reglas propios del derecho público administrativo, tal como ya lo definió la sentencia de la Sección Tercera en la sentencia de 19 de junio de 2008 donde se argumentó que las “reglas en materia de contratación tan sólo fueron modificadas de fondo por la ley 689 en cuanto hace al artículo 31, mientras que en relación con el párrafo del artículo 39 de la ley 142 lo que quiso la ley 689 fue armonizarlo con las excepciones al derecho privado introducidas por el párrafo modificador del artículo 31 de la ley 142 (art. 3 de la ley 689) y por lo tanto hacer referencia explícita al mismo, sin embargo equivocadamente se terminó por aludir al párrafo del artículo 39. En tales condiciones se tiene que en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado. Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado. Dentro de las normas exceptivas a la regla remisoria al derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142

¹⁴⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia. En términos generales, los contratos que celebren las entidades públicas para la prestación de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho privado, por lo tanto, los contratantes se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de estipular las cláusulas del mismo, en virtud a lo contemplado en el “artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3.º de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la ley de servicios públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las comisiones de regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

(modificado por el artículo 3º de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Resolución CRA 242 de 2003). Conclusión que viene de armonizar el párrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos “para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos”. Sobre la base de las consideraciones anteriormente expuestas se precisa concluir que, cuando una entidad territorial celebre un contrato de operación de los que trata el artículo 39.3 tantas veces citado, el régimen jurídico aplicable será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, expediente 2005-00005 AP. De lo antes expuesto es dable concluir, “que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos el legislador desarrolló un claro sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción, al derecho administrativo, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.” SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia. Por otra parte, en sentencia del año 2012 esta Corporación se refirió a la posibilidad que tienen las empresas de servicios públicos de pactar cláusulas exorbitantes dentro de un contrato que se rige por el derecho privado, en donde señaló que la entidad estatal carecía de competencia para ejercer la potestad de terminación unilateral del contrato, así: “[...] Si bien es cierto que en las pretensiones de la demandada no se solicitó la nulidad del acto administrativo por medio del cual EMBAHIA S.A. E.P.S., dio por terminado unilateralmente el contrato celebrado con la demandante, proferido antes de la presentación de la demanda -9 de mayo de 2000-, **la Sala recuerda que la falta de competencia, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede afectar la validez de un acto administrativo.** En este sentido la jurisprudencia de la Sección Tercera¹⁴⁷ ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que “**la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse.** **Según este postulado, ejercer funciones que no le han sido asignadas acarrea que se desvanezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos expedidos con desconocimiento de las mismas, lo cual autoriza al fallador para invalidarlo oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión al orden jurídico, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades.** Al respecto esta Sección ha señalado lo siguiente: “(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina¹⁴⁷, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), **es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador**”. Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez

Bajo el mismo hilo conductor y en el caso particular de la contratación del servicio público de electricidad, el párrafo del artículo 8º Ley 143 de 1994, *“es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que “El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...”*. Esto es, que el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado”¹⁴⁸.

(6) Sin perjuicio del régimen de derecho privado aplicable a los contratos de gestión consagrados como uno de los supuestos del artículo 39.3 de la ley 142 de 1994, sólo podrá hablarse de componentes de derecho público, o con otras palabras, de la posibilidad de incluir o incorporar cláusulas excepcionales previa autorización de la CREG, lo que no implica que la Ley no modifica el contenido, sino afecta la esencia procedimental, de manera tal que el régimen sigue siendo de derecho privado.

contencioso administrativo (...)” (Negrilla no es del texto) En el asunto que centra la atención de la Sala, EMBAHIA S.A. E.S.P., carecía de competencia para ejercer la facultad excepcional de terminación unilateral del contrato, bien en virtud de lo previsto por el artículo 17 la Ley 80 de 1993 o cuando ocurriera la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 del Estatuto de Contratación Estatal. Como expuso la Sala, los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos mixtas, en este caso EMBAHIA S.A. E.S.P., por regla general se rigen por las normas del Derecho Privado y sólo **excepcionalmente** puede aplicar algunas de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, entre ellas, las que se refieren a la estipulación de cláusulas excepcionales en los casos regulados por los artículos 14, 15, 16 y 17 por expresa autorización de la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-. De acuerdo con lo anterior, en el contrato de obra celebrado (...) solamente era posible estipular y aplicar la cláusula excepcional de terminación unilateral de que trata el artículo 17 de la Ley 80, previa consulta y autorización expresa de la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-, sin embargo, no aparece en el proceso acto administrativo alguno de dicha Comisión Reguladora que hubiere autorizado a la empresa demandada la inclusión de cláusulas excepcionales, ni tales cláusulas se encuentran contenidas en el contrato celebrado con la actora. Quiere decir lo anterior que el acto expedido por EMBAHIA S.A. E.P.S., adolece de un vicio de falta de competencia por cuanto que no estaba autorizado por la CREG para incluir la cláusula excepcional de terminación unilateral y, menos aún, tenía habilitación legal para ejercer dicha prerrogativa sin que dicha cláusula estuviera estipulada en el contrato”.

¹⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia. Finalmente, es del caso resaltar que en los eventos de contratación del sector eléctrico, “se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes, entre otros principios, de los establecidos en el artículo 209 de la C. N. y, por esta vía, de los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2º y 3º del CCA y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación. Determina de manera perentoria la disposición que “En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos...””.

En ese sentido, el legislador estableció que la Comisión de Regulación podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en un contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, y también le atribuyó a ese ente de regulación, la facultad de autorizar esta inclusión previa consulta expresa, es decir, que en aquellos casos donde la Comisión no haya establecido como obligatoria su inclusión y tampoco lo haya autorizado de forma expresa, se encuentra completamente proscrita esta posibilidad¹⁴⁹.

En este orden de ideas, y bajo el entendido que los contratos celebrados por las entidades estatales para la gestión de actividades inherentes, necesarias o relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios se rigen generalmente por las normas del derecho privado, la inclusión, incorporación o aplicación de cláusulas exorbitantes o excepcionales que no estén dentro de las consagradas previamente por la ley y autorizadas por la Comisión de Regulación

¹⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008 (expediente 20409). El Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre el alcance de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, relacionado con la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios públicos, que puede ser forzosa o facultativa por disposición de la Comisión de Regulación, en los demás casos, se encuentra prohibida su inclusión en este tipo de contratos: “[...] en el artículo 32 de la Ley 142 se consagra que los actos de todas las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo lo que disponga la Constitución o la presente ley, lo que implica que el artículo anterior, 31, al señalar que cuando las Comisiones implementen la inclusión forzosa de cláusulas exorbitantes y que en este asunto se rigen por la ley de contratación pública, se ésta configurando una nítida excepción al régimen imperante del derecho privado para hacer uso de la Ley 80 de 1993, habilitando a su vez que los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa... es la misma Ley 142 la que autoriza en forma excepcional, los casos en los que las comisiones de regulación se rigen por el derecho contractual público, justamente para garantizar que ante el uso de herramientas reservadas a este ámbito del derecho, como es la implementación de cláusulas exorbitantes, la licitación pública y la concurrencia de oferentes, se cuente con los derechos de defensa y debido proceso que rodean a estos mecanismos [...] en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, no aplican las reglas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a la estipulación obligatoria o facultativa o la prohibición de incluir cláusulas excepcionales, de acuerdo con el tipo de contrato celebrado, lo cual no resulta pertinente para los contratos de prestación de servicios públicos; en su lugar, la ley 142 de 1994, en su artículo 31 ha dispuesto que tales cláusulas excepcionales podrán ser obligatorias cuando las Comisiones de Regulación así lo dispongan y después de expedida la Ley 689 de 2001, también se estableció para aquellos casos en que previa solicitud del prestador del servicio público, la Comisión de Regulación respectiva lo autorizara. Quiere decir que la Ley faculta a las Comisiones de Regulación, en virtud de su función reguladora, para determinar en cuáles de los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos deberán ser pactadas cláusulas excepcionales [...] a) Los celebrados para la prestación de servicios públicos en áreas de servicio exclusivo (ASEs), que deben adjudicarse mediante el procedimiento de la licitación pública. b) Los celebrados con fundamento en la Resolución 01 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa) c) Contratos en los cuales la entidad prestadora del servicio público lo ha solicitado y la Comisión de Regulación haya impartido su autorización de manera expresa y previa a la celebración del contrato [...] conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994, por regla general a los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos se les aplican las normas del derecho privado, ámbito dentro del cual impera el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, conforme al cual éstos son libres de decidir si contratan o no, qué tipo de contrato celebran y qué cláusulas incluyen en sus negocios jurídicos, siempre y cuando no contravengan con ello normas de derecho público de la Nación ni atenten contra el orden público o las buenas costumbres. Por ello, las excepciones a la aplicación de este régimen de derecho privado a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, están expresamente consagradas en la ley, pues como ya se vio, es la misma Ley de Servicios Públicos Domiciliarios -142 de 1994- la que establece de manera concreta y específica, una serie de disposiciones especiales, relativas a la contratación de esta clase de entidades, dentro de las cuales se encuentra precisamente y a título de ejemplo, la autorización expresa a las comisiones de regulación, para establecer en qué contratos es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales [...]”.

competente [Comisión de Regulación de la Energía –CREG-], constituirá un vicio de ilegalidad, debido a que se violan normas imperativas y de orden público del régimen de derecho privado cuya aplicación es preponderante para este tipo de contratos de gestión, como al que se hace referencia en el caso en concreto.

7.2 En el siguiente apartado la Sala analiza las consecuencias de la violación o quebrantamiento derivado de la inclusión, incorporación o aplicación de cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos de gestión como el celebrado en el presente asunto.

7. Consecuencias del quebrantamiento del precepto legal por inclusión de cláusulas exorbitantes sin autorización previa de la Comisión de Regulación de la Energía, en especial cuando se trata del contrato especial de gestión y apoyo de actividades para la prestación del servicio público de electricidad.

8 Ante el panorama normativo y jurisprudencial expuesto, tenemos que en aquellos eventos en donde se estipule en los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios cláusulas excepcionales, sin que la Comisión las haya establecido de carácter obligatorio o conceda la facultad o autorización legal para ello, se estaría desconociendo la prohibición consagrada en el artículo 121 de la Carta Política. Esta facultad, fue demandada por inconstitucional ante la Corte Constitucional, la cual se pronunció a través de la sentencia C – 0 66 de 1997, en la que señaló:

“(…)

En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley¹⁵⁰”

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 066 de 1997. M.P: Fabio Moron Díaz.

8.1 Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado los siguientes parámetros a tener en cuenta, en caso de inclusión de cláusulas exorbitantes en el marco de un contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios¹⁵¹:

“i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirían por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁵²; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otros¹⁵³, aquellos contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de lo Jurisdicción Contencioso Administrativo”.

8.2 Ahora bien, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional¹⁵⁴ o con abuso o desviación de poder.¹⁵⁵

8.3 Es así como, para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita¹⁵⁶, razón por la cual

¹⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Auto del 18 de julio de 2007. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 31.838.

¹⁵² El párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define que el régimen de contratación de las entidades financieras de carácter estatal no es el de esta ley, sino el que rige las actividades propias de su objeto social.

¹⁵³ Existen otras excepciones a la aplicación exclusiva del derecho privado, a saber: el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones o para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, el cual también puede regirse por la Ley 80 de 1993, en conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994; o los contratos de las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos a que hace referencia el actual párrafo del artículo 31 *ejusdem* con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, para la asunción de aquéllas de la prestación de servicios públicos o para la sustitución de otra que se encuentra en causal de disolución o liquidación que se regirán por la Ley 80 de 1993 y deberán hacerse por licitación pública; o los contratos de las empresas de servicios públicos con posición dominante en un mercado, cuyo objeto sea la adquisición de un bien o servicio de que trata el artículo 35 in fine, en los cuales las comisiones de regulación pueden ordenar su celebración por licitación pública o otros procedimiento que garanticen y estimulen la libre concurrencia de eventuales contratistas; o los contratos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivos del artículo 40 *ibidem*; o aquellos contratos de servicios públicos de condiciones uniformes regulados en los artículos 128 y ss. de la citada ley.

¹⁵⁴ Numeral 2º.

¹⁵⁵ Numeral 3º.

¹⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

8.4 En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

8.5 Ahora bien, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes¹⁵⁷. Es por esto, que la posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, se presenta si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo¹⁵⁸.

Así, se ha pronunciado esta Corporación al respecto¹⁵⁹:

“La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (...) el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o

¹⁵⁷ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

¹⁵⁸ Artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

¹⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp.21.178.

algunas de sus cláusulas. (...) Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes”.

8.6 Por otra parte, es necesario tener en cuenta que conforme con lo establecido por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes. No obstante, como en el caso de los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios se aplica por regla general el régimen del derecho privado, lo dispuesto en la normatividad consagrada en el estatuto de contratación no le es aplicable, en consecuencia, acudimos a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., que expresa que la nulidad absoluta se sana *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

8.7 Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

8.8 De acuerdo con lo anterior, tenemos que por la época en que se celebró el contrato que aquí sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda (2 de agosto de 1996), el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936. Pese a ello, este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

8.9 Por otro lado, cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales, es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino únicamente la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico.

8.10 En consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato, por lo tanto, lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta.

8.11 El quebrantamiento o violación de las normas imperativas y de orden público implica la nulidad absoluta por su desconocimiento, lo que se aborda por la Sala en el siguiente apartado con base en los siguientes argumentos.

8. Nulidad absoluta. Nulidad por desconocimiento de las normas de orden público y de normas imperativas. Decreto de oficio¹⁶⁰.

9.1 Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.

9.2 Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y así lo dispone el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

9.3 Ahora bien, en contratación estatal, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando:

*“1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.*

9.4 En cuanto al derecho común, es de anotar que el artículo 1741 del C.C. dice que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta *“la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”*

¹⁶⁰ Consejo de Estado, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

9.5 Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “*el valor*”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio.

9.6 Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (*para el valor*), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.

9.6 La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “*para el valor*”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza.

9.7 Ahora bien, los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... *en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...*” y que “*hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...*”, y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

9.8 Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

9.9 Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

9.10 Aquel recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de “*si prescribe cómo y qué debe hacerse*” o si se vierte “*en restricciones, limitaciones o prohibiciones*”, y que su transgresión acarrea la nulidad absoluta del acto:

“El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir “núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular”, sea “positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica”, “como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicos (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)”, esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).¹⁶¹

9.11 Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también aparece la nulidad absoluta como sanción:

“El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01.

obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (essentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalialia negotia), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta.”¹⁶²

9.12 Así que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.

9.13 Pero que sean las palabras de Claro Solar las que recuerden lo elemental sobre el objeto ilícito:

“1918. – Hemos visto que para la validez de toda declaración de voluntad, o sea para todo acto o contrato, no basta que su objeto sea posible, cierto y determinado, sino que requiere también que sea lícito. Para ser lícito es necesario que el objeto se conforme con la ley, sea reconocido por ella, y lo proteja y ampare. Para efectuar este reconocimiento y prestar la protección y amparo al objeto lícito, la ley adopta formas diversas que limitan de diversas maneras y en distinta forma la libertad individual con el objeto de asegurar la armonía y el orden social. De aquí resultan las distintas clases de leyes en que las decisiones del legislador se presentan; ya como simples declaraciones que indican, más que a la inteligencia que a la voluntad humana las condiciones necesarias a una institución jurídica para su validez y correcto funcionamiento ante los derechos e intereses privados en juego; ya para prescribir el mandato imperativo que debe ser ejecutado en beneficio de la generalidad y para asegurar el orden social y público; ya, en fin, para evitar por medio de una expresa prohibición la realización de actos o hechos que son contrarios al funcionamiento de todos los intereses legítimos y al mantenimiento de las buenas costumbres, de la justicia y de la equidad en las convenciones de los particulares.

La forma con que el legislador ha revestido sus preceptos manifiesta la importancia que les atribuye; y da a entender su verdadera intención. Por

¹⁶² *Ibídem.*

eso distinguiendo la forma que toma el precepto del legislador, se considera que hay en general objeto ilícito en todo acto o contrato prohibido por la ley, y que obra contra la ley el que ateniéndose a lo literal de las palabras y al sentido a que éstas puede darse desconoce su verdadero espíritu y obra contra lo en ella preceptuado. No es dudoso decían los emperadores Theodosius y Valentinianus, que obra contra la ley, el que ateniéndose a sus palabras, obre contra su voluntad: non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem; ni podrá eximirse de las penas prescritas en las leyes, el que obra contra su sentido y maliciosamente se excusa, fijándose en el material sentido de sus palabras, nec poenas insertas legibus evitabit qui se contra iuris sententiam saeva praerrogativa verborum fraudulenter excussat. Y en seguida disponían: Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus ut legislatori quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat; ceteraque quasi expresa ex legis liceat voluntate colligere hoc est ut ea qua lege fieri prohibentur si fuerint facta non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est; por lo mismo es nulo el pacto, nula la convención, nulo el contrato, celebrado por aquellos que contratan contra la prohibición de la ley de contratar. Para las interpretaciones de las leyes, tanto antiguas como modernas, se aplicará el principio general; basta que el legislador haya prohibido lo que no quiere que se haga, y el resto se colige de esta misma voluntad; de suerte que si se verifica el acto prohibido por la ley, no sólo será inútil, sino como no hecho aun cuando el legislador al prohibirlo no hubiera añadido que sería inútil y de ninguna fuerza y valor.”¹⁶³

9.14 De otra parte, aunque se dijo que la nulidad absoluta no puede sanearse por las partes, debe anotarse que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “en todo caso” por prescripción extraordinaria.

9.15 Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito o integre los requisitos o formalidades omitidos, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

9.16 Al respecto, debe considerarse que a la luz del artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, el término de prescripción extraordinaria era de 20 años.

¹⁶³ L. CLARO SOLAR. *Lecciones de derecho civil chileno y comparado*. t. VI. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1979, p. 594- 595.

9.17 Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero debe preverse que la ley aplicable es la que estaba vigente al momento de la celebración del contrato.

9.18 Aunque, ciertamente existe la posibilidad de que el prescribiente decida acogerse a la nueva ley, porque el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 dispone que *“la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”*

9.19 Y, finalmente, debe preverse que en atención a que las nulidades absolutas protegen intereses generales, las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente.

9.20 La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

9.21 Antes de abordar el estudio del caso concreto, la Sala debe determinar los presupuestos que puede aplicar cuando se presenta el incumplimiento mutuo de las partes.

9. El incumplimiento mutuo de las partes.

10. Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

10.1 En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras

está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

10.2 Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incurso en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

10.3 Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.

10.4 En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.

10.5 Con base en todos los anteriores argumentos que son procedentes, la Sala aborda el estudio del caso en concreto.

10. El caso concreto.

11 En el asunto que se revisa por la Sala está plenamente demostrado que se celebró el 6 de agosto de 1996 el contrato especial de servicios públicos en virtud al artículo 39.3 de Ley 142 de 1994 entre Archipiélago`s Power & Light Co. E.S.P y la sociedad Isleña de Servicios S.A. (ESP) para la operación, mantenimiento, mejoramiento y administración del sistema de distribución y comercialización de energía eléctrica en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina cuya duración se pactó para un periodo de cinco (5) años¹⁶⁴.

11.1 Luego, tenemos que el día 6 de agosto de 1996 se celebró un contrato especial para la gestión de servicios públicos entre Archipiélago`s Power & Light Co. E.S.P y la sociedad Isleña de Servicios S.A. (ESP), con el fin principal de realizar la operación, mantenimiento, mejoramiento y administración del sistema

¹⁶⁴ Fls. 33 – 71 C. 6

de distribución y comercialización de energía eléctrica en el archipiélago de San Andrés, Providencia¹⁶⁵.

En los considerandos del citado contrato se dispuso lo siguiente:

“(…)

- a) *Que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 8 y en el artículo 76 de la ley 143 de 1993 de 1994 y en el artículo 39 de la ley 142 de 1994, el régimen de contratación aplicable a las empresas del sector eléctrico será el derecho privado.*
- b) *Que de acuerdo al citado artículo 39 de la ley 142 de 1994, en su numeral 39.3, se denominan Contratos Especiales, para efectos de la gestión de los servicios públicos, entre otros, los que celebren las entidades oficiales para transferir el uso y goce de los bienes que destine especialmente a prestar los servicios públicos, así como los que se celebren para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos.*
- c) *Que de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 39 de la Ley 142 de 1994, en su parágrafo, este tipo de contratos se rigen por el derecho privado, y que, además, como en el presente contrato ISSESA no va a prestar directamente el servicio público, no es viable la concesión, y que ésta de acuerdo al artículo 56 de este contrato, se elige a ISSESA como contratista en forma directa.*
- d) *Que sin perjuicio de lo anterior, la elección directa se fundamenta en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 18 de la ley 142 de 1994, en la medida en que las empresas en que las comunidades organizadas tengan mayoría, deben referirse aún en el caso de concursos públicos, y que la única sociedad que tiene carácter de participación comunitaria en el Departamento Archipiélago, es ISSESA.*
- e) *(…)*
- f) *Que A.P.L. suscribió un Contrato de venta de Energía en Bloque con CORELCA, mediante el cual CORELCA se obliga a suministrar a A.P.L. toda la energía eléctrica que requiera el Sistema de Distribución del Departamento de San Andrés y Providencia, durante la vigencia del Contrato de Suministro de Energía y Disponibilidad de potencia, suscrito el día 25 de septiembre de 1995 entre CORELCA y SOPESA. (…)”*

11.2 Por otra parte, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, este tipo de contratos se rigen por las normas del derecho privado, ya que siendo de gestión para la realización de actividades ligadas a la prestación del servicio público domiciliario de electricidad el régimen de su contenido es el de derecho privado, teniendo en cuenta (i) su contenido económico; (ii) su onerosidad; (iii) su esencia sinalagmática; (iv) su conmutatividad; (v) el que no es solemne [pese a que la empresa Archipiélago`s Power & Light Co. E.S.P podía por seguridad jurídica, certeza y para efectos de prueba determinar en sus manuales de contratación ciertas exigencias que se

¹⁶⁵ Fls 33 – 71 C. 6

corresponda con este requisito]; (vi) su carácter excepcionalmente accesorio a aquel de la prestación del servicio público de electricidad, ya que como se extrae del contrato se entiende que la empresa contratante, Archipiélago`s Power & Light Co. E.S.P, celebró el de gestión con Isleña de Servicios S.A. (ESP) para poder cumplir con la prestación del mismo servicio [con ocasión del cual la primera también celebró un contrato de venta energía en bloque y uno de suministro de energía y disponibilidad de potencia [literal j de la parte considerativa del contrato, fl3 anexos]; (vii) cuyo régimen es preponderantemente de derecho privado; (viii) y que según la cláusula segunda del mismo contrato tenía por objeto la “operación, mantenimiento, mejoramiento y administración del Sistema de Distribución y Sistema de Comercialización de energía eléctrica en San Andrés y Providencia”, lo que implica la realización de obligaciones de gestión que contribuye a la prestación del servicio público de electricidad en su dimensión de distribución¹⁶⁶ y comercialización¹⁶⁷, de ahí su carácter instrumental o de apoyo a la prestación del servicio de electricidad; y, (ix) respecto del cual opera lo consagrado en el artículo 76¹⁶⁸ de la ley 146 de 1994.

11.3 Ahora bien, en el clausulado del mencionado contrato, y específicamente en la cláusula Trigésima Séptima del mismo, se incorporaron las cláusulas exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilateral, y la de caducidad, de acuerdo con lo reglamentado para el efecto en la ley 80 de 1993, frente a lo cual la parte recurrente esgrime que entidad demandada no tenía facultades para aplicar las referidas cláusulas por ser violatorias de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

11.4 Para la Sala, Archipiélago`s Power & Light Co. E.S.P e Isleña de Servicios S.A celebraron un contrato de gestión para la realización de actividades para la prestación del servicio público de electricidad de los consagrados en el artículo 39.3 de la ley 142 de 1994, cuyo régimen aplicable es de derecho privado en los términos de los artículos 31 de la misma ley, parágrafo del artículo 8 y 76 de la ley 143 de 1994.

¹⁶⁶ Según el artículo 11 inciso 4º de la ley 143 de 1994, la definición de la distribución comprende el “conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de ls formas previstas en la Constitución Política”

¹⁶⁷ Comprendida según el artículo 11, inciso 8 como la “actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no-regulados, que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente”.

¹⁶⁸ “Artículo 76. Los actos y contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”.

11.5 Revisado el contenido del contrato, la Sala concluye que este debía sustentarse en el régimen de derecho privado, teniendo en cuenta las normas comerciales que correspondan a su esencia y naturaleza de gestión para la realización de actividades para la prestación del servicio de electricidad en el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que debía comprender las cláusulas accidentales teniendo en cuenta el alcance del servicio de electricidad y el objeto que era contribuir a la distribución y comercialización del mismo, al tenor de lo consagrado en el artículo 5 de la ley 143 de 1994.

11.6 Pese a lo anterior, en el caso sujeto a examen tenemos que el contrato en cuestión incluyó cláusulas exorbitantes o excepcionales en la ya citada cláusula, que contradicen la esencia del régimen de derecho privado aplicable a los contratos de gestión consagrados como uno de los supuestos del artículo 39.3 de la ley 142 de 1994, ya que de la interpretación sistemática de la anterior norma, de los artículos 31 y 76 de la misma ley y del artículo 8 de la Ley 143 de 1994, y examinadas contrastadamente las pruebas se concluye que la inclusión de este tipo de cláusula debía estar autorizada, o contar con la solicitud previa de autorización a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la que para el caso en concreto no obra, no se tenía o no fue expedida, lo que se desprende del contenido del oficio¹⁶⁹ donde la entidad reguladora, manifestó:

“La Comisión no ha autorizado a la empresa ARCHIPIELAGO’S POWER & LIGHT Co. S.A la inclusión de cláusulas exorbitantes.

Así mismo, la Comisión no ha expedido ninguna resolución que autorice de manera general o particular la inclusión de dichas cláusulas”

11.7 Así las cosas, para la Sala es absolutamente claro que la inclusión de las cláusulas exorbitantes o excepcionales en el contrato de gestión para la realización de actividades destinadas a la prestación del servicio público de electricidad en la mencionada cláusula, contradice las normas de los artículos 39.3 y 31 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo del artículo 8 y 76 de la ley 143 de 1994, y el régimen de derecho privado que le era aplicable para la época de su celebración, comprendiendo una violación por incumplimiento de los mandatos fijados en las mismas, y que exigían que se contara con la autorización previa expresa de la Comisión de Regulación de la Energía –CREG- para inclusión de este tipo de cláusulas, lo que no obra, ni aparece en ninguno de los elementos

¹⁶⁹ Fl. 197 C. 6

allegados al proceso, concretándose la nulidad absoluta de la cláusula trigésima séptima por objeto ilícito en los términos de los artículos 6 y 1519 del Código Civil, del contrato especial celebrado entre Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P y la sociedad Isleña de Servicios S.A. E.S.P., para la operación y mantenimiento, mejoramiento y administración del sistema de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

11.8 Así mismo, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos expedidos en virtud a lo contemplado en la citada cláusula, los cuales se discriminan así:

- Resolución No. 21 de fecha de 3 de febrero de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato celebrado entre dicha entidad e ISSESA (Fl.1 a 6 C.5).
- Resolución No. 52 de fecha de 12 de marzo de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P, a través de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 21 del 3 de febrero de 1999 (Fl.10 a 12 C.5).
- Resolución No. 74 de fecha de 20 de abril de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato especial suscrito entre dicha sociedad e ISSESA (Fl.14 a 17 C.6).
- Resolución No. 146 de fecha de 8 de junio de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P mediante la cual se rechazó el recurso interpuesto contra la Resolución No.74 del 20 de abril de 1999 por ser extemporáneo (Fl. 20 –21 C.5).
- Resolución No. 191 de fecha 12 de julio de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P a través de la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 21 del 3 de febrero de 1999, que la confirmó en todas sus partes (Fls.24 a 29 C.5)
- Resolución No. 287 de fecha de 6 de octubre de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P por medio de la cual se liquidó nuevamente y de forma unilateral el contrato especial suscrito entre dicha sociedad e ISSESA (Fl.39 a 41 C.5).

- Resolución No. 358 de fecha 7 de diciembre de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y la objeción contra la liquidación del contrato suscrito entre APL e ISSESA (Fls.42 a 47 C.5).

11.9 De otra parte, la actora alegó que el incumplimiento fue de APL al no entregar las instalaciones, al punto que se hicieron varias prorrogas, hecho que en su criterio hizo imposible la iniciación del contrato. De lo antes expuesto, la Sala encuentra que las aseveraciones del demandante en ese sentido no encuentran respaldo probatorio alguno en el expediente, por el contrario, lo que sí se encuentra probado es que dicho contrato tuvo múltiples inconvenientes para su ejecución hasta el punto, de suscribir para cumplir con la finalidad perseguida con el mismo, las siguientes modificaciones:

1. Otrosí No. 1 del 15 de agosto de 1996: Mediante el cual se modificó la cláusula 6.7 en el sentido de ampliar el plazo otorgado en 120 días para el cierre financiero al que debía someterse ISSESA.
2. Otrosí No. 2 del 2 de diciembre de 1996: las partes acordaron ampliar el plazo estipulado en el otrosí No. 1 en 90 días más para el cierre financiero de ISSESA.
3. Otrosí No. 3 del 26 de diciembre de 1996: por medio del cual se modificó y ampliaron los plazos señalados en la cláusula sexta del contrato (obligaciones de ISSESA como presentación del plan de manejo y expansión del sistema, plan de inversiones, evaluación de los contratos suscritos con APL, recepción de activos de distribución y comercialización, cierre financiero para el plan de inversiones indicadores de gestión, estudios de seccionalización e instalación del sistema de registro y control digitalizado para el análisis computalizado de las cargas y condiciones de la red de distribución y realización de todas las actividades de administración, operación y mantenimiento de las áreas de comercialización y de distribución y que comprende los procesos de lectura crítica ajustes a la facturación, reparto de estados de cuentas, atención integral al usuario y la gestión de recaudo) por un periodo de 60 días adicionales a los estipulados en el contrato y en el otrosí No. 2, así como el plazo señalado en la cláusula 14 del citado contrato especial de operación, mantenimiento, mejoramiento y administración del sistema de distribución y comercialización de energía eléctrica del departamento.

4. Otrosí No. 4 del 13 de enero de 1997: se sustituyeron los numerales 14.1, 14.2, 14.3 y 15.1 del precitado contrato que establecieron lo relacionado con una bonificación que otorgará APL a ISSESA por eficiencia y su forma de calcularla.
5. Otrosí No. 5 del 28 de febrero de 1997: se prorrogó la cláusula cuarta del contrato hasta el día 20 de marzo de 1997, referida a la entrega de bienes mediante inventario a ISSESA para poder desarrollar el objeto del contrato con el uso y goce de los bienes de propiedad de APL

11.10 Es así como, después de estos otrosíes, el 23 de julio de 1997 las partes de común acuerdo suscribieron otra acta¹⁷⁰ de prórroga de la fecha de iniciación del contrato, sustentada en problemas surgidos a raíz de la situación laboral en APL y por la no obtención del cierre financiero por parte del contratista, situaciones estas, que impedían la cabal ejecución del contrato, motivo por el cual la partes decidieron suspender el contrato por el término de seis meses a partir de la fecha del acta, término que según esta acta podía reducirse o prorrogarse sin exceder el plazo de 12 meses.

11.11 Posteriormente, esto es, el 15 de diciembre de 1997 se siguió evidenciando la problemática y por tal razón, se elaboró un plan¹⁷¹ de acción en reunión celebrada entre CORELCA, APL E ISSESA, para acordar las tareas previas que debían realizarse para viabilizar la iniciación el contrato entre APL – ISSESA y donde concluyeron que *“se iniciará el contrato ISSESA-APL mediante Acta de Iniciación, una vez se haya cumplido con las siguientes condiciones:*

- *ISSESA obtiene la aprobación del crédito necesario para implementar el plan de inversiones.*
- *El Gerente de APL, obtiene la autorización por parte de su Junta Directiva”*

11.12 No obstante lo anterior, El 21 de enero de 1998¹⁷² ISSESA en virtud de los acuerdos entre APL, CORELCA e ISSESA le presentó al Gerente de APL un esquema de las actividades que esta empresa desarrollaría durante una etapa transitoria previo a la iniciación del contrato especial para el manejo, operación y mantenimiento del sistema de distribución de San Andrés y Providencia, dicho esquema era válido para una ejecución parcial del mismo. En la misma fecha, ISSESA mediante comunicación a APL, señala que el 23 de enero de 1998, se

¹⁷⁰ Fl. 135 C. 6

¹⁷¹ Fls. 137 a 140 C. 6

¹⁷² Fl. 164 C. 6

cumplen los primeros seis meses de la suspensión del Contrato especial, por lo cual indica que ISSESA, está dispuesta a reanudar el contrato, toda vez que el cierre financiero no se pactó como requisito de ejecución sino para cumplirlo en un plazo contado a partir de la iniciación de dicho contrato.

11.13 Adicionalmente y aceptando a 21 de julio de 1998¹⁷³, que la sociedad ISSESA no contaba con el cierre financiero y que todavía se encontraba en la búsqueda de financiación, envió una comunicación al Gerente de APL, en donde le solicita expedir la orden de reiniciación de labores en atención a la suspensión que constaba en el acta de prórroga del 23 de julio de 1997, en cuyo texto relata *“la dificultad de ISSESA para garantizar el cierre financiero de que trata el ordinal noveno de la cláusula 1 del contrato, consistente en acreditar la disponibilidad de los recursos necesarios para realizar las inversiones de que trata el ordinal 6.4 de la cláusula 6 del contrato y que fueron detalladas en el anexo No. 1 que hace parte integrante del contrato por un valor total de US\$2.303.000 (...)”*.

11.14 Seguidamente, manifiesta ISSESA *“En la búsqueda de financiación en mejores condiciones, no obstante tener aprobaciones en principio por las dos entidades mencionadas, ISSESA inició algunas gestiones ante otras entidades nacionales e internacionales a quienes remitió, como fundamento de la solicitud, el contrato en referencia, contando con magníficos indicios para perfeccionar la aprobación del crédito (...)”*

11.15 Igualmente, el actor puso en conocimiento de la entidad contratante que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los había calificado como entidad prestadora de servicios públicos y por lo tanto, le estaban exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos y que por la falta de cumplimiento de los mismos, ese ente de control y vigilancia había sancionado a la sociedad ISSESA mediante Resolución No. 004805 del 8 de julio de 1998, decisión que había sido recurrida el 17 de ese mismo mes y año.

11.16 Agravando la situación contractual de la Sociedad ISSESA, la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución 06903 del 22 de septiembre de 1998, confirmó la sanción impuesta, consistente en la suspensión de inmediato de actividades y el cierre de inmuebles utilizados para desarrollarlas por el término de un año, motivo que obliga al demandante a informar mediante

¹⁷³ Fls. 169 a 182 C.6

oficio del 29 de septiembre de 1998 a APL, que a la fecha estaba procediendo a liquidar a todo su personal y al cierre de sus oficinas.

11.17 De lo antes expuesto y contrario a lo que expresa el accionante en sus diversas intervenciones procesales, se desprende que este acepta el incumplimiento contractual *“ausencia de cierre financiero para la realización del Plan de inversiones”*, entendiendo por cierre financiero, según lo estipulado en el contrato en cuestión *“Significa la fecha en que las Entidades Financieras propuestas por ISSESA le confirmen la disponibilidad inmediata del primer desembolso de los créditos necesarios para la financiación del Plan de Inversiones del Proyecto”* y además indica que, *“no puede ejecutar las actividades de su objeto social por haber sido sancionada con suspensión de actividades por el término de un año por la Superintendencia de Servicios Públicos”*, aunque de otra parte, sostiene que la falta del cierre financiero no es un requisito de perfeccionamiento, olvidando que se trata de una obligación de vital importancia para la entidad contratante y que asegura la cabal y correcta inversión de los recursos públicos, pasando por alto que finalmente no puede ejecutar las actividades inherentes a la prestación del servicio público domiciliario a causa de la sanción impuesta.

11.18 Además era tan grave y evidente que ISSESA no podía ejecutar el contrato especial celebrado el 6 de agosto de 1996, que en comunicación GR002-07/98 del 21 de julio de 1998, la parte demandante cuenta que en reunión sostenida con APL, esta le había solicitado a la accionada que llegaran a un acuerdo con el fin de terminar definitivamente el contrato en cuestión.

11.19 Si a esto se aúna la regla contenida en el artículo 1757 del Código Civil según la cual incumbe probar la existencia o la extinción de las obligaciones a quien alega aquella o esta, resulta que el actor ha debido demostrar su cumplimiento o estar incurso en causa eximente de responsabilidad, cosa que aquí no ha hecho, pues existe prueba de que el actor incumplió los numerales 6.1 y 6.7 de la Cláusula Sexta del contrato - Obligaciones de ISSESA, pues nunca pudo acreditar el cierre financiero para realizar el plan de inversiones requerido para ejecutar el contrato revisado, aunado al hecho que tampoco cumplió con todas las obligaciones consagradas en La ley 142 de 1994 para la distribución y comercialización de energía eléctrica, por lo cual se hizo acreedora a la sanción de suspensión de actividades por un año por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos.

11.20 Pues bien, de todo lo anterior resulta que tanto demandante como demandado incumplieron el contrato, el primero al no haber ejecutado las obligaciones a su cargo como el cierre financiero y al no cumplir con sus deberes como empresa prestadora de servicios públicos domiciliario y el segundo, al no dar cabal cumplimiento a la cláusula cuarta del contrato relacionada con la entrega de bienes al contratista.

11.21 Se presenta entonces esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos y por esa razón se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es, que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni pedir la cláusula penal pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C. [incluir en la parte teórica el contenido del incumplimiento mutuo de las partes].

12 En síntesis, la sentencia apelada será modificada para en su lugar decretar de oficio la nulidad absoluta de la Cláusula Trigésima Séptima del contrato especial de prestación de servicios públicos en cita y negar las pretensiones indemnizatorias.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la Sentencia proferida el 27 de enero de 2005 por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, la cual quedará así:

- 1. DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de la Cláusula Trigésima Séptima del Contrato Especial de Prestación de Servicios Públicos Domiciliarios celebrado el 6 Agosto de 1996 entre la sociedad Archipiélago's Power & Light Co. S.A E.S.P e ISSESA, al incorporar las cláusulas exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilateral, y la de caducidad, de acuerdo con lo reglamentado para el efecto

en la ley 80 de 1993, sin autorización de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tal y como lo estipula el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

2. En consecuencia, **DECRETAR LA NULIDAD** de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 21 de fecha de 3 de febrero de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato celebrado entre dicha entidad e ISSESA (Fl.1 a 6 C.5).
- Resolución No. 52 de fecha de 12 de marzo de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P, a través de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 21 del 3 de febrero de 1999 (Fl.10 a 12 C.5).
- Resolución No. 74 de fecha de 20 de abril de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. S.A. E.S.P, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato especial suscrito entre dicha sociedad e ISSESA (Fl.14 a 17 C.6).
- Resolución No. 146 de fecha de 8 de junio de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P mediante la cual se rechazó el recurso interpuesto contra la Resolución No.74 del 20 de abril de 1999 por ser extemporáneo (Fl. 20 –21 C.5).
- Resolución No. 191 de fecha 12 de julio de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P a través de la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 21 del 3 de febrero de 1999, que la confirmó en todas sus partes (Fls.24 a 29 C.5)
- Resolución No. 287 de fecha de 6 de octubre de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P por medio de la cual se liquidó nuevamente y de forma unilateral el contrato especial suscrito entre dicha sociedad e ISSESA (Fl.39 a 41 C.5).
- Resolución No. 358 de fecha 7 de diciembre de 1999, expedida por la sociedad Archipiélago`s Power & Light Co. S.A. E.S.P por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y la objeción contra la liquidación del contrato suscrito entre APL e ISSESA (Fls.42 a 47 C.5).

2º NEGAR LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS porque ambos contratantes incumplieron el contrato.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sala
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado