



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Palacio Hincapie, Juan Ángel; Muñoz, Zulma Patricia; Castro, Héctor Fernando; García, Jorge Alberto;
Sandoval, Jairo

Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de los servicios públicos

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2006, pp. 35-47

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601703>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

HACIA LA DEFINICIÓN DE UN MODELO JURÍDICO ESPECIAL PARA LOS CONTRATOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

Juan Ángel Palacio Hincapié**
Universidad Militar Nueva Granada

Zulma Patricia Muñoz
Héctor Fernando Castro
Jorge Alberto García
Jairo Sandoval

Fecha de recepción: Febrero 1 de 2006.
Fecha de aceptación: Marzo 17 de 2006.

Resumen

Uno de los aspectos más controvertidos por los juristas especializados en el tema de los servicios públicos domiciliarios, ha sido el relativo al régimen aplicable a los contratos de las empresas prestadoras de estos servicios. Por vía jurisprudencial y por doctrina se viene construyendo durante la última década una teoría sobre el alcance del régimen que gobierna los contratos, teniendo en cuenta si son empresas públicas, privadas o mixtas; si contienen cláusulas excepcionales o no; si corresponde el conocimiento de los litigios a la justicia ordinaria o a la contenciosa administrativa. Es decir, se trata de indagar qué modelo jurídico debe aplicarse —teniendo en cuenta elementos del derecho público y privado— que gravitan en una relación contractual en el caso de la prestación del servicio público domiciliario. Justamente, para

Palabras clave

Servicios públicos domiciliarios, finalidad social del Estado, principios constitucionales, cláusulas excepcionales, contratación estatal, derecho administrativo.

* Este artículo forma parte del avance de la Investigación Régimen contractual colombiano de las empresas públicas y privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, correspondiente a la línea de investigación Contratación Estatal, desarrollada por el Grupo Derecho Público reconocido por Colciencias - Categoría A (2006-2009) de la Facultad de Derecho financiado por la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá.

** Investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado especializado en derecho público y administrativo. Consejero de Estado. Los coautores del artículo son asistentes investigadores de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada: Zulma Patricia Muñoz, Héctor Fernando Castro Alarcón, Jorge Alberto García, y Jairo Sandoval. juan.palacio@umng.edu.co. Carrera 11 No. 101 – 80 Bogotá D. C. Teléfono 6 34 32 62.

TOWARDS A DEFINITION OF A SPECIAL JURIDICAL MODEL FOR THE CONTRACTS OF ESSENTIAL SERVICES

Abstract

One of the most controversial aspects by specialized jurists in the essential services subject has been the one related with the applicable regime in contracts of enterprises which provide these services. For the last decade, jurisprudence and doctrine have been creating a theory about the reach of the regime that rules contracts considering if they are public, private or mixed economy enterprises; if the contracts have or not exceptional clauses and if it is an ordinary judge or an administrative judge the one who has jurisdiction to resolve any dispute. In another words, it is an inquiry about which juridical model must be applied taking into account elements of public and private law which gravitate in a contractual relation in the case of the provision of essential services. Therefore, in order to contribute to unravel part of these concerns, a research has been carried

Key words

Essential services, social aim of the State, constitutional principles, exceptional clauses, state's contractual regime, administrative law.

contribuir a desentrañar parte de estas preocupaciones se ha dedicado esta investigación denominada “Régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas públicas y privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”, promovida por la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Administrativo, bajo la orientación del distinguido jurista Juan Ángel Palacio Hincapié, director de la línea de investigación sobre Contratación Estatal.

out. This research, known as “Juridical regime of the contracts of public and private providers of essential services”, promoted by the Militar University, Faculty of Law, Master's degree in Administrative Law, was oriented by the distinguished jurist Juan Ángel Palacio Hincapié, leading director of the line of investigation about the state's contractual regime.

INTRODUCCIÓN

El escenario de los servicios públicos domiciliarios es, sin lugar a dudas, parte de la cotidianidad de los seres humanos, hasta el punto que su importancia está enmarcada dentro del orden constitucional colombiano como un derecho, teniendo en cuenta que atiende las necesidades básicas de la población e influye en su bienestar y salubridad.

Se trata, de “el derecho de todas las personas a los servicios públicos, prestados por el Estado en forma continua, eficiente y oportuna”, en palabras del delegatario ante la Asamblea Constituyente, Eduardo Verano. (Gaceta Constitucional, número 51, 16 de abril de 1991).

En Colombia por la condición de Estado social de derecho, cuyo fin es el de cubrir las necesidades básicas insatisfechas de toda la población, se busca que la prestación de los servicios públicos domiciliarios sea eficiente, de amplia cobertura y de buena calidad.

Los servicios públicos domiciliarios son considerados como un verdadero instrumento de justicia social y un vehículo para alcanzar la paz dentro de condiciones de igualdad social.

Estas consideraciones fundamentan el estudio de los servicios públicos como principal actividad y preocupación en el contexto del derecho administrativo.

A partir de la Constitución Política de 1991, y luego con la expedición de la ley 142 de 1994, los tratadistas se han dedicado a desentrañar el significado de estos temas y construir diversas teorías sobre el alcance del servicio público.

Entre otros, se destacan Carlos Alberto Atehortúa Ríos, Julio César Cárdenas Uribe, Juan Ángel Palacio Hincapié, Jorge Pino Ricci, Uriel Alberto Amaya Olaya, y Hugo Palacios Mejía.

Las preocupaciones jurídicas giran alrededor de la responsabilidad disciplinaria en las empresas de los servicios públicos, la reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos, como nuevo control de la gestión empresarial; y el régimen jurídico de los contratos en los servicios públicos domiciliarios. Sobre éste último tema se han suscitado también controversias y debates jurídicos en el país, y se ha venido formando un consenso en el sentido de que todavía, luego de más de una década de haberse expedido la ley 142 de 1994, “no existe claridad para la realización de los contratos”, al tiempo que la jurisprudencia oscila “de un lado para otro para tratar de determinar cuál es el derecho aplicable y cuál la jurisdicción a la que deberían someterse las empresas de servicios públicos domiciliarios”, de acuerdo con los planteamientos formulados en esta dirección por el tratadista Julio César Cárdenas Uribe.

Dentro de este panorama, surge a instancias de la Universidad Militar Nueva Granada, en la Maestría de Derecho Administrativo, desarrollar la línea de investigación de Contratación Estatal, desentrañando el sentido, los criterios y los alcances puntuales del régimen de los contratos de las empresas públicas y privadas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios. Antecede a esta investigación un importante y documentado trabajo titulado Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, promovido y editado por la Universidad Externado de Colombia, al igual que otros estudios que sobre estos temas se han venido realizando en el país como contribución al análisis jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La investigación contiene, entre otras hipótesis de trabajo, determinar si las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios son unas entidades especiales o hacen parte del

sector central o descentralizado de la rama ejecutiva del poder público; si las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios son unas entidades exclusivamente privadas o por sus actividades pueden hacer parte de la rama ejecutiva como entidades especiales o integrantes del sector descentralizado; cuáles son las normas aplicables a los contratos de servicios públicos —Ley 80 de 1993 ó Ley 142 de 1994— en caso de contradicción. El régimen jurídico contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ¿es privado ó público, mixto?

Igualmente, se precisarán aspectos relativos a la función administrativa, y se determinará si las empresas privadas, cuando prestan el servicio público desempeñan funciones administrativas y, en consecuencia, obran como autoridad.

¿Cuál es el alcance de un servicio público, es un simple negocio que debe reportar rentabilidad?

I. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

El régimen de los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, está sustentado principalmente en la Constitución Política (arts. 365 y 367) los cuales establecen que los servicios públicos —incluyendo la forma de contratación— estarán sometidos al régimen jurídico que fija la ley, -- entre otras las leyes 142 y 143 de 1994, 80 de 1993 (Contratación estatal), 489 de 1998, y la 689 de 2001— a las que les corresponde fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

De igual manera, debe señalarse que el contrato de servicios públicos, de acuerdo con su

naturaleza jurídica y características, según se explicará en el transcurso de este trabajo de investigación, está claramente definido en la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los siguientes criterios legales:

- Art. 128 Contrato de servicios públicos;
- Art. 129 Celebración del contrato;
- Art. 130 Partes del contrato;
- Art. 131 Deber de informar sobre las condiciones uniformes;
- Art. 132 Régimen legal del contrato de servicios públicos;
- Art. 133 Abuso de la posición dominante

I.1 Noción de Contrato

En principio, puede señalarse que el contrato es un acuerdo de voluntades destinado a crear efectos jurídicos. Desde los romanos hasta los tratadistas modernos coinciden en esa noción, aunque es indispensable advertir que existe una distinción entre la convención (entendida como el género) y el contrato (que es la especie).

Los romanos (Ulpiano L. I. D. II, 14), decían que la convención o pacto es *Duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Es decir, "consentimiento de dos o más personas en un mismo propósito". Y, contrato *Nullum esse contractum, nullam obligationem, que non habeant in se conventionem*. "No hay contrato ni obligación que no tengan en sí una convención". (Ulpiano, L. I D. II, 14)¹.

En términos genéricos el Código Civil en el artículo 1849, define el más frecuente e importante de los contratos: el de compraventa. Lo señala en los siguientes términos: contrato es aquel "en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero".

¹ Cfr. Definiciones citadas por Carlos Medellín, *Textos y Voces del Derecho Romano*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1982, Bogotá, pág. XXVII.

También es un “acto bilateral” en el cual “las partes se obligan recíprocamente” frente a unos “derechos y unas prestaciones o deberes que se entienden equivalentes”².

Previamente, es decir antes de mencionar la definición del “Contrato de los servicios públicos”, y pasando al contexto del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, esta norma precisa: “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se registrarán por el parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa”.

Y, el parágrafo 1º., señala: “(...) los contratos que celebren 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 estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

La Ley 142 de 1994 en el capítulo correspondiente a los “actos y contratos” de las empresas, contiene temas relacionados con principios de interpretación de las normas, concordancia con el estatuto general de contratación pública, régimen de derecho privado para los actos de las empresas, facultades especiales para la prestación de los servicios públicos, reglas contractuales especiales, y contratos especiales para la gestión de los servicios públicos.

1.2 Definición del contrato de servicios públicos

La definición legal y característica del contrato de servicios públicos, está consagrada en el artículo 128 de la ley 142 de 1994:

“Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato, no sólo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio”.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la ley 689 de 2001, modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994, en cuanto corresponde a la “Naturaleza y características del contrato”, específicamente respecto de las “Partes del contrato”.

En efecto, estableció:

·“Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario. El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos”.

¿Cuándo existe contrato de servicios públicos? Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios. La misma ley en su artículo 129 (Celebración del contrato), trae la respuesta: “existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza el inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa”.

² Ver LEY 142 DE 1994. Título II. Capítulo I. Régimen de actos y contratos de las empresas.

El jurista Hugo Palacios Mejía, en un análisis sobre el contrato de los servicios públicos, explica –frente a la relación contractual entre las partes- que uno de los aspectos más originales de la ley 142 de 1994, consiste en reconocer que, en la medida en que las empresas de servicios públicos dejan de actuar como órganos de la administración, y pasan a comportarse como entes privados en un régimen de competencia, “sus relaciones con los usuarios no pueden analizarse como si surgieran de reglamentos obligatorios, sino que deben considerarse como expresión de un contrato”, y por lo tanto, el contrato de servicios públicos es “típico y nominado”. Otra característica que menciona es que este tipo de contrato es de “condiciones uniformes”. Y, señala: “El marco conceptual que mejor tiene en cuenta esas realidades, para facilitar, en forma eficiente, las relaciones entre el prestador y el usuario, es el de los llamados contratos consensuales”; que son de “condiciones uniformes”, y que, desde la perspectiva clásica se llamó contratos de “adhesión”. Tampoco, dice el tratadista, este tipo de contratos puede contener “cláusulas exorbitantes” para evitar que el prestador del servicio “obre con abuso de la posición dominante”.

Concluye en que “la relación entre el prestador y el usuario es una típica relación comercial”³.

No obstante, otros autores⁴, precisan que la ley de servicios públicos domiciliarios “permite incluir, dentro de los contratos que realicen las entidades prestadoras de servicios públicos, cláusulas excepcionales al derecho común para proteger el servicio público que se está prestando. En este sentido se citan dos casos en los cuales se puede dar específicamente esta situación, a saber, “la obligación de incorporarlas cuando lo digan las comisiones de

regulación”, o “cuando las solicite la entidad prestadora de servicios públicos a la comisión y ésta lo autorice”.

Conviene recordar que las cláusulas excepcionales –también conocidas como exorbitantes— que se pueden pactar son las correspondientes a la interpretación, modificación o terminación unilateral, la de sometimiento a las leyes nacionales y la de reversión.

Cárdenas Uribe estima que las cláusulas excepcionales que no se pueden incluir en un contrato de la naturaleza jurídica que se analiza, son la terminación del contrato con base en una nulidad, o la liquidación obligatoria, de acuerdo con la interpretación de las comisiones de regulación en las resoluciones 151 de la CAR y la 087 de 1997 de la CRT-.

Por su parte, Juan Ángel Palacio Hincapié⁵, considera que la autorización para que todas las empresas prestadoras de servicios públicos puedan incluir cláusulas exorbitantes “es el atractivo más importante para una empresa regida por el derecho privado”, y, por lo tanto, lo que llama la mayor atención de cualquier concesionario o prestador del servicio “es el poder para terminar un contrato en cualquier momento”, cuando ese contratista “no sirve para continuar la ejecución de ese contrato”.

Igualmente, es pertinente advertir, como en efecto lo hace Palacio Hincapié, en que si se incluyen en los casos señalados las cláusulas excepcionales, “se puede dar por terminado un contrato”, pero para su control se someterá a lo dispuesto en la ley 80 de 1993, pues, “ese poder de guillotina contra el contratante para acabar con la relación contractual debe estar sometido a los principios que rigen esa facultad”.

³ Palacios Mejía, Hugo *El Derecho de los Servicios Públicos*, págs., 163 y ss., Bancol S.A., Derecho Vigente, Bogotá, D.C., 1999.

⁴ Cárdenas Uribe Julio César, *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, págs. 100 y ss.)

⁵ Las Empresas Públicas de Servicios Públicos –evolución jurisprudencial—en Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, publicación de la editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2004) 136 y ss.

Y, como consecuencia, se debe precisar, también cambia la competencia del juez del contrato en presencia de un litigio, por cuanto como bien lo anota Cárdenas Uribe, los actos y contratos en que se utilicen las cláusulas y/o se ejerciten esas facultades excepcionales, “estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

En síntesis: si se da la circunstancia jurídica de la inclusión de las cláusulas excepcionales en el contrato de servicios públicos, en los términos establecidos legalmente para el conocimiento del juez, éste pasará de la justicia ordinaria a la justicia contenciosa.

1.3 Características del Contrato de servicios públicos

De acuerdo con las precisiones formuladas—por la ley y la doctrina— se puede concluir que el contrato de los servicios públicos tiene las siguientes características:

1.3.1 Bilateral: Surgen obligaciones recíprocas entre la empresa prestadora del servicio público domiciliario y el usuario. (Arts., 129 y 130, ley 142 de 1994; y ley 689 de 2001, partes del contrato).

1.3.2. Consensual: Se forma con el consentimiento de las partes. Es decir, por el acuerdo o consenso formulado por la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario. (Art. 128, ley 142 de 1994).

1.3.3. Uniforme: Es decir de condiciones uniformes, porque es un contrato en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. En la doctrina clásica se define

como de “adhesión” y consiste en que una parte impone el texto del contrato y la otra adhiere, sin poder discutir las condiciones. (Art. 128 ley 142 de 1994).

1.3.4. Oneroso: Por oposición al gratuito; por imponer una carga o contraprestación económica. El usuario debe pagar el servicio de acuerdo con una tarifa establecida. Arts., 86 y ss., y 128, ley 142 de 1994

1.3.5. Típico y nominado: Porque se encuentra tipificado y nominado —es decir tiene un nombre— en una ley: la de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 128, y ss., ley 142 de 1994).

1.3.6. Comercial: Porque implica la compra-venta de un servicio, lo cual da lugar a un negocio jurídico que crea obligaciones para las partes. Debe advertirse que la legislación colombiana trae una regulación doble sobre esta materia: una civil y otra comercial. En esta característica seguimos a Palacios Mejía, quien sostiene que, en materia de contratos de servicios públicos, “la relación entre el prestador y el usuario es una típica relación comercial”. En este sentido, el artículo 128 de la ley 142 de 1994, consagra que se trata de un contrato en virtud del cual una empresa presta unos servicios públicos a un usuario “a cambio de un precio en dinero”.

1.3.7. Formal: Hacen parte del contrato, no sólo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. (artículo. 128, ley 142 de 1994).

2. CONTRATOS ESPECIALES PARA LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El artículo 39 de la Ley 142 de 1994, consagra, entre otros, como contratos especiales los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El acceso al espectro

⁶ Es indispensable observar que la Ley 689 de 2001, modificó el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

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; contratos de administración profesional de acciones; 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; contratos en virtud de los cuales dos o más 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 razonable⁶.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Luego de señalar las características del contrato de servicios públicos, es pertinente precisar cuáles serían los caracteres identificadores del régimen general contractual. Por vía de jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y doctrina de este último, pueden construirse los elementos necesarios para identificar algunos factores generales de estas instituciones jurídicas.

3.1 Criterios de identificación

Entre los criterios señalados se destacan los siguientes:

- El derecho de petición, instrumento de control de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos.
- Competencia para el conocimiento de asuntos de los servicios públicos domiciliarios.

- Régimen aplicable a los actos de contratación de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

- Competencia y régimen aplicable a los actos de contratación de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

- Competencia para aplicar la acción de cumplimiento producto del silencio administrativo positivo aplicable a los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

- Competencia de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para incluir cláusulas exorbitantes en contratos que celebren los particulares

- Conflicto de competencias para conocer del litigio sobre contratos celebrados por las empresas de servicios públicos con una sociedad.

- La naturaleza jurídica de los contratos para la prestación de servicio público domiciliario de gas combustible por red en áreas exclusivas, regulados por los artículos 174 y 40 de la ley 142 de 1994, es ser contratos sometidos a régimen especial, que constituyen una modalidad.

- Régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. C-066 de 1997, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional, expediente D-1374.

Por vía de doctrina existen otros criterios que, en todo caso, sirven para develar y comprender mejor la naturaleza jurídica de estos contratos, el régimen que gobierna a unos y otros (de empresas privadas o de empresas públicas en el caso específico de esta investigación), con lo cual se pretende posibilitar el desarrollo académico de estos temas jurídicos.

3.2 LÍNEA JURISPRUDENCIAL

La línea jurisprudencial respecto de los temas que han sido objeto de controversia y sobre los cuales, se pueden establecer algunos criterios, tal como se menciona en el punto --3.1 criterios de identificación-- se construye a partir de los pronunciamientos del Consejo de Estado, tribunales administrativos y la Corte Constitucional, para lo cual se incorporan a este estudio algunos --considerados los más indicativos-- de esas providencias.

3.2.1 Sentencia T-517 de 1999, competencia de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios ante las cuales se presentan derechos de petición.

La Corte Constitucional ha señalado respecto de la pertinencia del derecho de petición en el evento de los actos expedidos por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios --públicas ó privadas--:

· “En desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política, el Estado le otorga a los particulares la facultad de prestar un servicio público, coloca en manos de ese ente privado el ejercicio de una función de naturaleza pública, en ejercicio de la cual no puede vulnerar el derecho de petición de otros particulares”.

· “Las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios no se pueden oponer a las peticiones realizadas por un integrante del conglomerado social que tiene interés en el buen funcionamiento y en el patrimonio estatal que se compromete en el manejo de la empresa, teniendo como argumento que su naturaleza es privada, así mismo, estarían impidiendo la participación ciudadana”.

· “Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su calidad de públicas ó privadas prestan un es

servicio público a los usuarios, suscriptores, terceros y a la ciudadanía en general; servicio público que es inherente a la finalidad social del Estado y esa sola circunstancia las coloca en una posición dominante frente a éstos, con la consiguiente obligación de proteger el derecho fundamental de petición a pesar de su naturaleza privada”.

La excusa del carácter privado de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, - caso sobre el cual se pronuncia la Corte en la sentencia de la referencia - para no acceder a las peticiones formuladas con base en el artículo 23 de la Constitución Política,

· “no es acertada cuando lo que se discute es la viabilidad de un instrumento de legitimidad democrática, como es el derecho de petición, en un Estado Social de Derecho que permanentemente convoca a los ciudadanos a un control efectivo de los actos y actividades que interesan a todos los asociados”.

3.2.2. Sentencia C-035 de 2003, competencia de asuntos litigiosos de los que debe conocer tanto la jurisdicción ordinaria, como la contenciosa administrativa en asuntos de servicios públicos domiciliarios.

En este caso la Corte Constitucional, establece la competencia de los asuntos objeto de litigio en temas relacionados con los servicios públicos domiciliarios, trazando una línea de frontera en cuanto a la competencia que corresponde a la jurisdicción ordinaria, y a la contenciosa administrativa.

El artículo 18 de la Ley 689 de 2001, como se recordará, establece que las partes del contrato son la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario, además que el propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos.

¿Cuál es la jurisdicción que debe conocer de los procesos ejecutivos relacionados con la prestación de los servicios públicos? Respecto del tema, el juez plural precisa:

· “En cuanto a la jurisdicción que es competente para conocer de los procesos ejecutivos derivados del servicio de alumbrado público, se le da prevalencia a la jurisdicción ordinaria, a pesar que el Estado tiene dos alternativas, acudir a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción contenciosa administrativa; prevalece la ordinaria para conocer y decidir con exclusividad sobre los procesos ejecutivos contemplados en el artículo 18 de la Ley 689 de 2001, dado que por el objeto y naturaleza de las empresas de servicios públicos no podrían pertenecer a la administración pública”.

3.2.3 Competencia y régimen jurídico aplicable a los actos y a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Radicado No. 4002 de 1997.

El Consejo de Estado, determina que en los artículos 17 y 32 de la Ley 142 de 1994 se estipula que:

- “la regla general es la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de cuya legalidad, por lo tanto, conocerá la jurisdicción ordinaria”.

3.2.3.1 Reglas del derecho público aplicables a los actos y contratos de los servicios públicos

domiciliarios –públicas ó privadas— (también incluye a las empresas mixtas):

Cuando la Constitución y/o la ley expresamente lo dispone, las reglas del derecho público se aplicarán a sus actos y el conocimiento de su legalidad corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa, entre estas (reglas) las siguientes, consagradas en la Ley 142 de 1994:

- Los actos originados en el contrato de servicios públicos domiciliarios relacionados con la prestación del servicio a los usuarios;
- Los de negativa a celebrar el contrato,
- Los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio o la facturación, por ser actos administrativos impugnables mediante recursos en vía gubernativa.
- Igualmente los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, que incluyan cláusulas exorbitantes;
- Los actos y contratos que tengan por objeto el uso del espacio público;
- La ocupación temporal de inmuebles;
- La promoción de la constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; los cuales estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre su legalidad y la responsabilidad por acción u omisión en el ejercicio de tales derechos.
- Por último los de los contratos que relaciona el artículo 39, num. 1 de la Ley 142 de 1994, referidos a la concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente o para el acceso al espectro electromagnético, con el servicio de telecomunicaciones.

3.2.4 Radicado No. 1353 de 2001, competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para incluir cláusulas exorbitantes en contratos que celebren los particulares.

En un pronunciamiento sobre este tema, el Consejo de Estado ha establecido claramente que, en las circunstancias en que se incorporen las cláusulas excepcionales, cuando éstas se incluyen de manera forzosa, por parte de las Comisiones de regulación, debe atenderse a lo dispuesto por la ley 80 de 1993. De tal manera que los actos unilaterales que se deriven de la aplicación de estas cláusulas, pasan al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

¿Los contratos para la prestación de los servicios públicos domiciliarios que celebren las empresas privadas, pueden incluir cláusulas exorbitantes? El Consejo de Estado, se pronunció en los siguientes términos:

- En principio, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siendo públicas o privadas se rigen por las reglas del derecho privado, pero al Estado le corresponde intervenir con el fin de garantizar la prestación continua e interrumpida, en adecuadas condiciones de calidad, así como la ampliación de su cobertura, todo ello para asegurar el cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, con la inclusión de las cláusulas exorbitantes se limita la libertad contractual de las empresas prestadoras de servicios.

- En cuanto a las cláusulas autorizadas por las comisiones de regulación, la ley guarda silencio en referencia a los efectos que producen, lo cual lleva a la sala, mediante una incorporación sistemática de las disposiciones legales que las regulan, a concluir de igual forma que el régimen aplicable es público, a través de la Ley 80 de 1993, pues, de una parte, en el derecho privado no se contemplan dichas cláusulas, si bien pueden pactarse eventos de interpretación o terminación unilaterales o situaciones similares, pero supeditados a lo ordenado por las normas de derecho público de obligatoria

aplicación, como en este caso las legales que regulan las cláusulas exorbitantes. Por otra parte, como los efectos de estas cláusulas se derivan precisamente de la autorización legal de la inclusión, las consecuencias de su aplicación son también reguladas por la ley, lo cual elimina la posibilidad de que los particulares acuerden sus efectos dentro del ámbito de la libertad contractual.

3.2.5. Régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. C-066 de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional, expediente D-1374.

La Corte Constitucional –en algunos de los apartes de la sentencia de la referencia—al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 142 de 1994, respecto de someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, definió:

- En concreto, el actor acusa los artículos 30, 31, 32 y 35 de la ley 142 de 1994, considerando que, al establecer un régimen de derecho privado para regular lo relativo al tema mencionado, las autoridades encargadas de determinar las responsabilidades penales y disciplinarias a que haya lugar, no podrán exigir a los servidores públicos dependientes de las empresas de servicios públicos domiciliarios, los principios de transparencia, economía y responsabilidad a que se refiere la ley 80 de 1993; se rompe el principio de igualdad estipulado en el artículo 13 de la Constitución, en vista de que, sin razón justificativa suficiente, los servidores de las referidas empresas son sustraídos del régimen de responsabilidad propio de los demás servidores públicos, que pertenece al derecho público, creando en su favor una discriminación; el legislador desbordó la facultad dada por el Constituyente para la

expedición del Estatuto General de la Contratación Pública, pues al ser dictada la ley 80 de 1993, las entidades estatales, como las empresas aquí examinadas, deben a ella someterse única y exclusivamente, quedando el legislador inhabilitado constitucionalmente para expedir regulaciones excluyentes de dicho estatuto general; y, por último, ataca la mencionada normatividad diciendo que el artículo 333 de la Carta, no autoriza al Congreso a someter al régimen del derecho privado la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte concluyó:

· 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 10 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 y la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como las requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.

CONCLUSIONES

La naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y privadas (al igual que la mixtas) y el régimen jurídico aplicable son los temas sobre los cuales se exige certeza jurídica, por parte de los operadores jurídicos. En el caso de esta investigación, se pretende contribuir a la construcción de una teoría del servicio público.

Frecuentemente, se presentan disparidad de criterios en la interpretación de las normas que rigen a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Por ahora, se pueden decantar algunos aspectos.

a) Las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios no se pueden oponer a las peticiones realizadas por un integrante del conglomerado social que tiene interés en el buen funcionamiento y en el patrimonio estatal que se compromete en el manejo de la empresa, teniendo como argumento que su naturaleza es privada. Tampoco se puede impedir la participación ciudadana.

b) En cuanto a la jurisdicción que es competente para conocer de los procesos ejecutivos derivados del servicio de alumbrado público, se le da prevalencia a la jurisdicción ordinaria. La regla general –estableció la Corte Constitucional– es la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de cuya legalidad, por lo tanto, conocerá la jurisdicción ordinaria.

c) En las circunstancias en que se incorporen las cláusulas excepcionales, cuando éstas se incluyen de manera forzosa, por parte de las Comisiones de regulación, debe atenderse a lo dispuesto por la ley 80 de 1993. En consecuencia, los actos unilaterales que se deriven de la aplicación de estas cláusulas, pasan al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – evolución jurisprudencial— en Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, publicación de la editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2004

LEY 142 de 1994. Título II. Capítulo I. Régimen de actos y contratos de las empresas.

LEY 689 de 2001.

MEDELLÍN, CARLOS. Textos y Voces del Derecho Romano, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1982, Bogotá.

PALACIOS MEJÍA, HUGO. El Derecho de los Servicios Públicos, Bancol S.A., Derecho Vigente, Bogotá, D.C., 1999.