

**NATURALEZA JURÍDICA, RÉGIMEN DE SERVIDORES Y JURISDICCIÓN DE
CONOCIMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS**

**NATALIA ISAZA JARAMILLO
SARA MARÍA OSPINA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2010**

**NATURALEZA JURÍDICA, RÉGIMEN DE SERVIDORES Y JURISDICCIÓN DE
CONOCIMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS**

**NATALIA ISAZA JARAMILLO
SARA MARÍA OSPINA**

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

**Directora
CAROLINA ARIZA
Abogada**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2010**

Gracias a nuestras familias por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos a:

Carolina Ariza Zapata, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT, por su acompañamiento y colaboración constantes a lo largo de la elaboración de este trabajo de grado.

Los profesores Carlos Alberto Atehortúa, Alberto Montaña y David Suarez, por su disposición para las entrevistas concedidas.

Nubia Zapata y Mauricio Bernal, abogada y Director de la Dirección Jurídica de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – ISA; a María Victoria Espinoza Hincapié, Tatiana Echeverri y Sonia Margarita Abuchar, abogadas y Secretaria General de XM - Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., por el acompañamiento en la elaboración del trabajo de práctica.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo de grado es definir si media una relación entre la **naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas** y su régimen jurídico, en especial, lo referido a la normatividad que aplica a sus trabajadores en los temas de inhabilidades e incompatibilidades, responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal; igualmente, si media relación entre su naturaleza jurídica y la determinación de la jurisdicción que conoce de los litigios en que son parte estas entidades.

Tras analizar las normas constitucionales y legales, la jurisprudencia de las Altas Cortes y la doctrina, se concluye que las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios, de conformidad a los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, por tal razón pertenecen a la Rama Ejecutiva y a la Estructura de la Administración Pública; esto implica que su naturaleza jurídica es pública

En cuanto al **régimen jurídico de sus trabajadores**, en lo relativo a su régimen constitucional son servidores públicos, porque laboran en una entidad descentralizada, de acuerdo con la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, por eso les rigen las inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y responden penalmente como servidores públicos; sin embargo, como la misma Sentencia señaló que su régimen legal es el de los particulares, los servidores de las ESP Mixtas responden disciplinaria y fiscalmente en calidad de tales.

Por último, respecto de la **jurisdicción de conocimiento**, según lo consagrado por la Ley 1107 de 2006, por regla general la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe conocer de los litigios de las ESP Mixtas, debido a su naturaleza jurídica pública.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRELIMINAR	10
I. EL SERVICIO PÚBLICO	10
II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA	13
1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESP MIXTAS	17
1.1. EN LA LEY	19
1.2. EN LA JURISPRUDENCIA	26
1.2.1. Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica privada de las ESP Mixtas.....	27
1.2.2. Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica pública de las ESP Mixtas.	29
1.3. EN LA DOCTRINA	54
1.4. FIJACIÓN DE POSICIÓN	56
2. RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES DE LAS ESP MIXTAS	60
2.1. ¿EMPLEADOS PARTICULARES O SERVIDORES PÚBLICOS?	62
2.2. INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES.....	67
2.2.1. El caso de los empleados.....	67
2.2.2. El caso de la junta directiva y el representante legal.	71
2.3. CONTROL Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	74
2.4. CONTROL Y RESPONSABILIDAD FISCAL.....	83
2.5. RESPONSABILIDAD PENAL.....	87
3. JURISDICCIÓN DE CONOCIMIENTO DE LAS ESP MIXTAS	89
3.1. DESARROLLO LEGAL DE LA DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	90

3.2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS PROCESOS EN QUE ES PARTE UNA ESP MIXTA	94
4. CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	106

TABLAS

Tabla 1. Comparación entre los Criterios para identificar una entidad pública - según la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia agosto 24 de 2005 (Exp. 3229-3230)- y las consecuencias constitucionales de las SEM por ser entidades descentralizadas vinculadas a la Rama Ejecutiva -según la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007-.

Tabla 2. Jurisdicción de conocimiento de los procesos en que es parte una ESP Mixta.

INTRODUCCIÓN

Debido a la trascendencia, tanto individual como colectiva de los servicios públicos, su prestación se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de orden Constitucional y legal; sin embargo, persiste en nuestro ordenamiento jurídico una gran perplejidad frente a cuál es, en efecto, dicho régimen. Qué significa que sea un régimen *especial* y si existe alguna relación entre este último y la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos, que sirva de criterio para determinar la aplicación a estas entidades de una disposición normativa en particular.

Dicha perplejidad se evidencia especialmente en lo relativo a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas (en adelante ESP Mixtas), tema en el cual, como se demostrará en la primera parte de este trabajo, no es pacífica la interpretación normativa que ha hecho la Corte Constitucional y Consejo de Estado para atribuirles, bien una naturaleza jurídica pública o una privada.

Teniendo como postulado fundamental la relación de contingencia entre naturaleza jurídica, régimen jurídico y juez de conocimiento, es el objetivo principal de este trabajo de grado dar un concepto sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, la jurisprudencia de las Altas Cortes y como criterio auxiliar, la doctrina. Una vez establecida su naturaleza jurídica, se identificará cuál es el régimen jurídico o normatividad que cobija a los servidores que laboran en estas empresas y por último se definirá cuál es la jurisdicción que debe conocer los asuntos en los que una ESP Mixta es parte.

CAPÍTULO PRELIMINAR

I. EL SERVICIO PÚBLICO

Es fundamental para el desarrollo de este trabajo de grado y para la resolución del problema jurídico central planteado, establecer, en primer lugar, cuál es el concepto o definición más acertada de “servicio público” y posteriormente, exponer a qué se debe su vital importancia para la sociedad y el papel central que juega en un Estado Social de Derecho.

Como dice el profesor León Duguit:

La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público¹.

¹ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Versión al Español de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85.

En la concepción tradicional del Derecho Administrativo, especialmente en el pensamiento francés de la post-revolución, la noción de “servicio público” era entonces relacionada automáticamente por los juristas de la época con actividades típicamente estatales, cuyo cumplimiento debía ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, dado que su cumplimiento era fundamental para el desarrollo pleno de la sociedad. De esta forma, el Estado prestaba estos servicios de forma monopólica; asimilación que tomó especial fuerza a partir del *Fallo Blanco* del Tribunal de Conflictos² (1873), el cual puso fin a la disputa entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado entorno a quién debía conocer los asuntos estatales, además consagró clara y expresamente, el principio consistente en que la Administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, es decir, que asentó el principio de la autonomía del Derecho Administrativo.

Esta decisión es importante porque el criterio utilizado por el Tribunal de Conflictos para dirimir el conflicto de competencia, fue precisamente el de servicio público, entendido como aquella prestación a cargo del Estado (y exclusivamente de éste) que busca satisfacer algunas necesidades básicas de la población.

Las conclusiones de este fallo fueron retomadas a principio del siglo XX por la Escuela de Burdeos, la cual identificó las actuaciones de la Administración Pública en su conjunto con el servicio público; y definió al Estado como una federación de servicios públicos gobernada por las reglas objetivas de Derecho³.

² Equivalente al Consejo Superior de la Judicatura Colombiano, se encargaba de dirimir los conflictos de competencia entre el Consejo de Estado Francés y la Corte de Casación.

³ MACHO, Luis Miguel. Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios. Cedecs, 2004. Disponible en: www.vlex.com.

Ahora bien, la concepción inicial de los servicios públicos, ha ido evolucionando a la par de la disciplina jurídica, incluso hasta al punto que actividades y funciones que por su naturaleza e importancia (propender por el interés general), clásicamente habían sido atribuidas a la Administración, puedan ser llevadas a cabo por los particulares, sin que esto implique una desnaturalización de las mismas. Ejemplos de este cambio son, entre otros: la educación, la salud, el transporte público, el notariado, el registro y los servicios públicos domiciliarios.

Como lo afirma el profesor Carlos Alberto Atehortúa⁴, para casos como estos ya no se aplican de forma absoluta las reglas y principios del Derecho Administrativo, ni se puede afirmar que rija en todo la normatividad propia del Derecho Privado; la realidad jurídica se ha adaptado a las nuevas necesidades sociales, permitiendo así, una flexibilización del Derecho en la que se puede ver la posibilidad de emplear las reglas propias del Derecho Administrativo en ciertos casos y las del Derecho Privado en otros.

Colombia no ha sido ajena a este fenómeno y su confirmación jurídica se evidencia en los decretos 3130 y 3135 de 1968, que establecen la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a las Sociedades de Economía Mixta, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a los Establecimientos Públicos y el régimen de sus trabajadores. En estos dos decretos se manifiesta el fenómeno de la descentralización por servicios, que implica el traslado de las tareas típicamente desarrolladas por el sector central nacional a personas jurídicas cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, que en ocasiones cuentan con participación de capital privado.

⁴ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios, Legislación y Jurisprudencia. Segunda edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

La descentralización, es entonces, un fenómeno administrativo en virtud del cual, en busca de mayor economía, celeridad, eficiencia e intentando desarrollar un principio democrático del Estado Social de Derecho, plasmado en el artículo primero de la Constitución, se crea una transferencia o desplazamiento de funciones y competencias administrativas en cabeza de entidades que tienen una personería jurídica independiente de la del Estado.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

Como se señaló anteriormente, actividades y funciones que clásicamente eran desarrolladas por el sector central del Estado, fueron atribuidas también a otras entidades e incluso a los particulares, materializándose así el fenómeno de la descentralización por servicios y en regulaciones posteriores, la llamada descentralización por colaboración.

Con la expedición de la nueva Constitución de 1991 y la adopción de un nuevo modelo de Estado –Social Democrático de Derecho-, se evidencia un cambio en la concepción de lo que está a cargo del Estado: ya no basta con que éste garantice una variedad de derechos y libertades, sino que debe asegurar una serie de prestaciones positivas que cubran las necesidades básicas y fundamentales de la sociedad y que permitan el desarrollo integral de todos los ciudadanos.

De acuerdo a esta visión, el Estado no es el fin, sino el instrumento que permite a sus asociados acceder al bienestar a través de la prestación de servicios públicos por el Estado, los particulares o por ambos a la vez. No obstante, aún siendo un particular quien preste dichos servicios, éstos no podrían estar por fuera de la

órbita de la regulación, control y vigilancia del Estado, garantizando que el interés particular no subsista en detrimento del interés general.

Lo anterior fue plasmado en los artículos 334 y 365 de la Constitución Nacional⁵, confirmando la importancia que tienen éstos para el Estado y la relación que aún guardan con sus funciones. Además, le da oportunidad a los particulares de prestar los servicios públicos en forma de libre competencia y en ese sentido, podrán estar sometidos al régimen especial que el legislador considere pertinente.

El Legislador buscando desarrollar la Constitución, estableció el régimen especial de los servicios públicos⁶ domiciliarios en la Ley 142 de 1994 y consagró su reglamentación, ratificando la importancia de la intervención del Estado conforme a las reglas de competencia, para garantizar su calidad, ampliación de la cobertura y prestación ininterrumpida, entre otras.

Es pertinente aclarar que los *servicios públicos domiciliarios* son una especie del género de servicios públicos que tienen reglas y principios particulares para su prestación. Se caracterizan por ser aquellos cuyas prestaciones pueden ser disfrutadas por los usuarios desde su domicilio o lugar de trabajo, se prestan a través de redes físicas o humanas y satisfacen necesidades esenciales⁷.

⁵ Artículo 365 de la Constitución Nacional: "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. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita". (Subrayas fuera del texto).

⁶ Los servicios públicos son de conformidad al artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible. Los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía móvil rural se rigen por la Ley 1341 de 2009 como servicios públicos no domiciliarios.

⁷ Sobre las características diferenciadoras de los servicios públicos domiciliarios, ver Sentencia T-578 de 1992 de la Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La Ley 142 de 1994, regula igualmente las llamadas “actividades complementarias” y especiales en los servicios públicos, las cuales no consisten precisamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, por eso, para algunos autores, *“la ecuación Ley 142 igual a ley de servicios públicos domiciliarios, no es correcta, porque ella no regula a todos los servicios que tienen condición material de públicos domiciliarios. Además, tiene un amplio ámbito de aplicación que se extiende a servicios diferentes a los domiciliarios y a las actividades complementarias de los mismos, que se deduce del tenor literal del artículo primero de la Ley”*⁸, en consecuencia, la prestación los servicios públicos no domiciliarios también se rigen por la Ley 142.

Esta prestación -de conformidad con la Constitución- le corresponde al Estado, directa o indirectamente, a comunidades organizadas o a particulares. La Ley 142, consagró en su artículo 15, que ese grupo de prestadores está conformado por las Empresas de Servicios Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (en adelante EICE), los municipios y los productores marginales independientes o para uso particular.

La Ley en mención creó las Empresas de Servicios Públicos como *“sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los Servicios Públicos”*⁹, y señaló que dependiendo de su composición accionaria pueden ser oficiales, si su capital es 100% público; Mixtas, si el 50% o más su capital es público y privadas, si menos del 50% de su capital es público. Igualmente, determinó que el régimen jurídico aplicable para las ESP será el especial que ésta misma contiene, regidas en varios aspectos por Derecho Privado.

⁸ ATEHORTÚA RÍOS, Op. Cit,

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1994. No. 41433. artículo 17.

Si bien la Ley 142 de 1994, señaló el régimen especial de los prestadores de servicios públicos, cuando las ESP comenzaron el desarrollo del objeto para el cual fueron creadas, se evidenció que la Ley 142 no había regulado la totalidad del régimen aplicable a este nuevo tipo de entidades y dado que tampoco había señalado su naturaleza jurídica, no había un criterio general para determinar la aplicabilidad de una disposición normativa en particular. Este trabajo se centrará en la solución de esta problemática para las ESP Mixtas, pese a que se harán alusiones a las ESP Privadas.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESP MIXTAS

De acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, la naturaleza de algo es su esencia, su propiedad característica¹⁰.

La relevancia práctica de la discusión sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas, reside en determinar hasta qué punto la denominación como uno u otro tipo de entidad implica la atribución de una serie de consecuencias –régimen de servidores, controles a los que se encuentran sometidos, jurisdicción y juez de conocimiento, entre otros-, que adquieren relevancia dentro del mundo jurídico o por el contrario, si una determinada naturaleza jurídica *no* tiene incidencia alguna en los elementos antes enunciados.

Como bien lo señala el profesor Alberto Montaña, una determinada denominación debe tener algunas implicaciones, porque las clasificaciones deben tener alguna utilidad o producir algún efecto: así llamarse entidad pública o entidad privada debe tener algunas incidencia en su régimen, por ello, la relación entre régimen jurídico y naturaleza jurídica de una entidad no son tan distantes, pese a que la tendencia del derecho administrativo colombiano es diferente.¹¹

¹⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Usando diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición (Online): "naturaleza" (Citada: 27 abril 2010). <http://www.rae.es/rae.html>.

¹¹ Entrevista con Alberto Montaña Plata, Profesor investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 19 de noviembre de 2009.

Ahora bien, el profesor Carlos Alberto Atehortúa, considera que la Constitución de 1991 rompió la ecuación “Estado = Público”, porque ser estatal no implica que se le aplique Derecho Público y viceversa. Por esta razón, considera que el Derecho Administrativo ya no puede considerarse como el Derecho del Estado, porque éste también rige para los particulares.

Al respecto afirma que *“efectivamente en Colombia hay cinco clases de particulares: particular que presta servicios públicos, que cumple función pública, administra recursos del Estado, particular que administra recursos públicos y particular que ejerce dominio sobre lo público”*¹². A ese particular que está relacionado con lo público se le aplican reglas de Derecho Público, al menos parcialmente, sin embargo, a un servidor público o a una entidad pública, también se le pueden aplicar reglas de Derecho Privado.

De lo anterior, puede establecerse que en efecto existen diferencias entre la naturaleza jurídica -que puede relacionarse con el origen y órgano de creación de una entidad- y su régimen jurídico, que se refiere a las normas que guiarán el desarrollo de su actividad, que constituirán el marco normativo al que se encontrará sometida, gracias a que debe entenderse que la relación entre naturaleza jurídica y régimen jurídico es ahora contingente.

Compartiendo el planteamiento del profesor Atehortúa, se tiene entonces como postulado fundamental la relación de contingencia entre naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable.

¹²Entrevista con Carlos Alberto Atehortúa, asesor y consultor del sector en servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones y docente investigador en derecho Económico en la Universidad Externado de Colombia. Medellín, 4 de diciembre de 2009.

El objetivo de este capítulo es entregar una respuesta a la pregunta sobre cuál es la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas, llegando a una conclusión viable a partir del análisis de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes en ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia de las Altas Cortes y la opinión doctrinal; para ello se revisará el contenido de las mismas y se realizará una lectura sistemática, a fin de fijar una posición sobre el tema.

1.1. EN LA LEY

Según la definición del artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994, las ESP Mixtas son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos, con participación de capital de la Nación, las entidades territoriales o de sus respectivas entidades descentralizadas, igual o superior al 50% de su composición accionaria. Esta disposición no hace referencia a la naturaleza jurídica de este tipo de entidades, simplemente hace relación a una determinada composición accionaria, lo que permitiría –en un primer momento- acudir a otra disposición normativa en el ordenamiento jurídico colombiano que ofrezca un criterio para distinguir entre una entidad pública y una privada.

La Ley 80 de 1993, el Estatuto de la Contratación Pública, en el numeral primero, del artículo Segundo, señala que han de entenderse como entidades estatales: “a) (...) las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.

Entonces, siendo el capital de las ESP Mixtas público, en al menos un 50%, son entidades estatales en los términos del Estatuto de la Contratación Pública; así lo consideró el Consejo de Estado en la Sentencia del 17 de Noviembre de 2005¹³. Este planteamiento admitiría como crítica que según artículo 32 de Ley 142 de 1994 por regla general la Ley 80 de 1993 no rige la contratación de las ESP¹⁴ y en consecuencia no podría aplicarse la definición de entidad estatal en él contenida a las ESP Mixtas, sin embargo, dado que esta afirmación admite excepciones - se rigen por lo establecido en la Ley 80 de 1993 la contratación de empréstitos de las ESP Mixtas¹⁵, los contratos con cláusulas exorbitantes¹⁶ y los contratos del artículo 39 y 39.1 de la Ley 142-, debe aceptarse entonces que las ESP Mixtas son entidades estatales conforme a la definición que trae de las mismas el Estatuto de Contratación Estatal.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sigue la misma lógica, pues señala la existencia de un grupo de entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración; en efecto, según al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, las ESP Mixtas son entidades estatales y como lo dispone el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las ESP cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; en

¹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección quinta. Sentencia (17, noviembre, 2005). C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Referencia: 3.713.

¹⁴ Artículo 31 de la Ley 142 de 1994: "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)"

¹⁵ Artículo 76 de la Ley 143 de 1994: "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".

¹⁶ Artículo 31 de la Ley 142 de 1994: "(...) Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

consecuencia, las ESP Mixtas deben aplicar *“en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*¹⁷.

Igualmente las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, son consideradas entidades estatales en el Decreto 1525 del 2008, por medio del cual se dictaron las normas relativas a *“la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial”*. En sus artículos 52 y 53 se refiere a las entidades estatales enunciadas en el artículo 50¹⁸, que incluye a las ESP Mixtas para señalar el procedimiento especial que pueden cumplir ante la Subdirección de Tesorería Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para vender y comprar recursos en moneda extranjera e informarle mensualmente el estado de dichos recursos o inversiones.

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá: 2007. No. 46691. Artículo 13.

¹⁸ Artículo 50 del Decreto 1525 de 2008. “Las disposiciones establecidas en el presente Capítulo (Capítulo V. de la inversión de los excedentes de liquidez en moneda extranjera de las entidades estatales del orden nacional y territorial) le serán aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional, entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos. PARÁGRAFO. Lo establecido en el presente Capítulo, podrá ser aplicado por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios Mixtas, por la Comisión Nacional de Televisión, las Corporaciones Autónomas Regionales y los entes universitarios”.

Las ESP Mixtas son entidades estatales para efectos de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1525 de 2008, cabría preguntarse si estatal y público son sinónimos. Puede en este punto adelantarse como conclusión, que en efecto el Consejo de Estado les brinda ese tratamiento en sus pronunciamientos, claramente lo hace en la sentencia de la Sección Tercera de diciembre 3 de 2008 que más adelante será expuesta en detalle.

Desde otra perspectiva, ha de tenerse en cuenta que el criterio más claro para afirmar la naturaleza pública de una entidad, es su inclusión en la estructura de la Administración pública, al hacer parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado por servicios, de conformidad a la Ley 489 de 1998.

En primer lugar, en cuanto a las entidades descentralizadas por servicios, el artículo 68 de la Ley 489 señala que:

Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (...). (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, el artículo 38¹⁹ de esta Ley señala que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional está integrada por los organismos y entidades del sector central y del sector descentralizado por servicios, incluyendo en estas últimas –entre otras- las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y *“las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”*. (Subrayas fuera del texto).

Por último, el artículo 39²⁰ de la Ley 489, establece que la Administración pública está conformada por la Rama Ejecutiva del Poder Público y entre otros, por los organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

Pese a que las ESP Mixtas no aparecen expresamente mencionadas en ninguno de los tres artículos antes mencionados, el objeto principal de estas entidades es la prestación de servicios públicos, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; sólo les restaría para ser entidades

¹⁹ Artículo 38 de la Ley 489 de 1998: “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

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

²⁰ Artículo 39 de la Ley 489 de 1998: “Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”.

descentralizadas del orden nacional, de acuerdo con el artículo 68, su creación por ley o con autorización en la misma; por eso es pertinente establecer si conforme a Ley 489 las ESP Mixtas son creadas o autorizadas por la ley.

En relación con la forma de creación de las entidades del sector descentralizado por servicios, conviene recordar que el artículo 210 constitucional dispone que *“las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”*. Así mismo, el artículo 49 de la Ley 489²¹ señala que las entidades administrativas nacionales son creadas por ley cuya iniciativa corresponde al Gobierno, que en el caso puntual de las EICE también podrán ser creadas con autorización en la Ley y que las Sociedades de Economía Mixta (en adelante SEM) serán constituidas de esta última manera. A renglón seguido, el artículo 50 consagra que *“la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica²², así mismo, determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”*.

²¹ Artículo 49 de la ley 489 de 1998. “Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal (...)

²² De conformidad al artículo 50 de la ley 489 de 1998, La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. La denominación.
2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
3. La sede.
4. La integración de su patrimonio.
5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

Por último, el artículo 69 dispuso que “*las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la Ley; en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política*”.

Es improcedente sostener de conformidad al contenido de la misma Ley 489 que una ESP diferente a las expresamente mencionadas por la Ley 142, es *creada* por ley; sin embargo, puede afirmarse que las demás ESP se *crean con autorización* de la ley 142, entendida esta como una autorización general.

En otras palabras: puede perfectamente afirmarse que en Colombia no podían constituirse Empresas de Servicios Públicos antes de la autorización efectuada por la Ley 142 de 1994, lo que significa que en realidad las ESP son autorizadas por ley en el sentido señalado por la Ley 489 de 1998. Sólo desde esta última perspectiva pueden incluirse las ESP Mixtas como entidades descentralizadas por servicios del orden nacional y en tal sentido, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y en consecuencia a la estructura de la Administración.²³

En conclusión, las ESP Mixtas son entidades estatales de conformidad a la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1525 del 2008, no están *expresamente* incluidas en la estructura de la Administración pública que trae la Ley 489 de 1998, aunque efectivamente se encuentran mencionadas en el artículo 68 como entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, las que a su vez conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público.

²³ Este planteamiento aun dejaría pendiente la pregunta sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas que pertenecen al orden departamental y municipal, las cuales, pese a tratarse de entidades descentralizadas por servicios en términos constitucionales, no estarían incluidas en la estructura de la administración de conformidad a la Ley 489 de 1998.

En consecuencia, como la Rama Ejecutiva hace parte de la estructura de la Administración pública, es posible afirmar que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas también la conforman, de lo que se deriva que son entidades cuya composición accionaria es mixta y cuya naturaleza jurídica es claramente pública.

1.2. EN LA JURISPRUDENCIA

Las Altas Cortes se han ocupado del tema en cuestión, afirmando en algunas ocasiones que estas entidades son públicas o estatales y en otras que se trata de entidades privadas; a continuación se presentará la evolución de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas²⁴. Es importante señalar que las providencias de las Altas Cortes que serán expuestas en este trabajo fueron seleccionadas dado que los argumentos contenidos en ellas son el sustrato de las diferentes posiciones sobre el tema.

El Consejo de Estado ha tenido la tendencia de considerar a las ESP Mixtas como entidades estatales o públicas y la Corte Constitucional para algunos efectos las ha considerado entidades privadas y para otros entidades públicas, sin embargo, desde la Sentencia C-736 de 2007 fijó fuertemente su posición al señalar que son entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, no obstante lo anterior, la Corte se abstuvo de afirmar textualmente que las ESP Mixtas fueran, en efecto, entidades públicas o estatales.

²⁴ La evolución jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas puede consultarse en: SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Letras jurídicas EPM. 2, septiembre, 2008, Vol. 13. Igualmente en: SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

1.2.1. Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica privada de las ESP Mixtas.

Una de las Sentencias en que la Corte Constitucional ha sostenido la naturaleza privada de estas entidades es la Sentencia T-1212 de 2004. En ésta, en el desarrollo del análisis jurídico para determinar la procedencia de una acción de tutela conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional estudia la legitimación en la causa por pasiva e introduce el análisis sobre la naturaleza jurídica de una ESP Mixta preguntándose *“¿sí al amparo de la normatividad vigente, las empresas Mixtas de servicios públicos domiciliarios se consideran entidades públicas de la rama ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, o por el contrario, su naturaleza jurídica corresponde a entes societarios de origen privado?”*²⁵.

La Corte consideró que las ESP Mixtas no son entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva en el sector descentralizado por servicios por dos razones: primero, porque conforme al artículo 32 de la Ley 142 de 1994 la constitución de las ESP Mixtas se rigen por *“las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios”*²⁶, en este argumento la Corte asumió que la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas deviene de un acto de constitución de naturaleza privada.

En segundo lugar, como los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998 sólo mencionan a las ESP oficiales como parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, *“acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.”*²⁷

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1212 (3, diciembre, 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-884589. Apartado 7.

²⁶ IBID, apartado 7.

²⁷ IBID, apartado 7.

Este último argumento de la Corte Constitucional, ya había sido mencionado en el concepto del 28 de enero de 1999, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se señala que las ESP Mixtas y privadas “*en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el párrafo del art. 2º.)*”²⁸, por eso las Contralorías Departamentales no les podrán cobrar la cuota de auditaje que trata la ley 330 de 1996.

Del mismo modo la Corte Constitucional citó su Sentencia C-290 de 2002²⁹, en la cual señaló que la función de vigilancia que ejerce la Contraloría sobre las ESP Mixtas y privadas, es como la que se ejerce sobre los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación en aplicación del artículo 267 de la Constitución, control que recae sólo en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y en tal sentido se excluye “*la posibilidad de considerar a dichas empresas como parte del organigrama descentralizado por servicios del orden nacional de la rama ejecutiva del poder público*”³⁰.

La Corte continúa el análisis sobre la procedencia de la acción de tutela para el caso que examina bajo el entendido que la demandada ESP Mixta “*al pertenecer a la tipología jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, se matricula dentro del catálogo de personas jurídicas de naturaleza privada*”³¹.

²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (28, enero, 1999). C.P. Javier Henao Hidrón. Referencia: 1171. Apartado II.

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-290 (23, abril, 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-3740.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1212 (3, diciembre, 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-884589. Apartado 7.

³¹ IBID, apartado 8.

En esta providencia las ESP Mixtas fueron asumidas como entes societarios de origen privado, en tanto su constitución se rige por tal Derecho, además, debido a que las ESP Mixtas y privadas no están expresamente enunciadas en los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998 como entidades que forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, ambas categorías de ESP se asimilaron a modalidades de personas jurídicas de Derecho Privado.

1.2.2. Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica pública de las ESP Mixtas.

Los fallos en los que se ha sostenido la naturaleza pública de las ESP Mixtas, generalmente han estado fundados en la naturaleza pública del servicio que prestan, en la confusión de este tipo de entidades con las SEM debido a la participación del capital público en su composición accionaria y en la pertenencia de las ESP Mixtas a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado nacional.

El Consejo de Estado para fallar la Sentencia del 17 de noviembre del 2005, consideró:

Incuestionable que las empresas Mixtas prestadoras de servicios públicos, dada la participación mayoritaria del capital estatal, como en el caso sub-lite que corresponde al 99% y la naturaleza de su actividad [prestación de servicios públicos domiciliarios], de interés general e inherente a la finalidad social del Estado que desarrollan [Artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política], están vinculadas a la administración pública, y por ende, deben ser catalogadas como entidades estatales³².

³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección quinta. Sentencia (17, noviembre, 2005). C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Referencia: 3.713.

Argumentó el Consejo de Estado que las ESP Mixtas “conforme al numeral 1º, literal a), del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, son personas jurídicas en donde la participación de aportes en su mayoría es estatal y su creación es autorizada por la Ley 142 de 1994, para la prestación de servicios públicos”³³, entonces las ESP Mixtas serían entidades estatales, lo cual en esta sentencia es equiparable a entidades de naturaleza pública o a entidades públicas que prestan permanentemente servicios públicos y en consecuencia, hacen parte de la Administración Pública en los términos de los artículos 2, 39, 84 de la Ley 489 de 1998.

La misma Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 2 de marzo de 2006, hace un exhaustivo listado de los argumentos que hasta el momento había empleado para optar por una u otra posición frente a la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas, con el fin de tomar partido por una de las tesis desde ese momento.

Para la Sección de esta Corporación en este tema había dos posiciones: la tesis negativa y la tesis positiva. La primera sostenía que las ESP Mixtas al no estar enunciadas en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, como si sucede con las ESP Oficiales, no son entidades estatales y por tanto no pertenecen a la estructura del Estado; esta tesis fue sostenida en el Concepto del 10 de septiembre de 1998 por la Sala de Consulta y Servicio Civil³⁴, en tanto las ESP Mixtas fueron entendidas como entidades diferentes de las SEM; la misma Sala en el concepto del 28 de enero del año siguiente³⁵ señaló que las ESP Mixtas y privadas quedaron por fuera de la Rama Ejecutiva del Poder Público por sus

³³ IBID.

³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (10, septiembre, 1998). C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Referencia: 1141. Apartado II.

³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (28, enero, 1999). C.P. Javier Henao Hidrón. Referencia: 1171. Apartado II.

características y orientación hacia el Derecho Privado. La tesis negativa también se evidenció en la Sentencia T-1212 de 2004³⁶ antes citada.

La segunda posición es la que comparte la Sección que decide sobre el recurso de anulación de laudo arbitral en estudio, esta posición, la positiva, es la que considera a las ESP Mixtas como entidades que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público por seis razones, a saber:

1. Porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas Mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

2. Porque si bien el régimen jurídico de las empresas Mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal.

3. Pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.

4. Estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella “d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas Mixtas (...) Según este argumento

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1212 (3, diciembre, 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-884589.

[Las ESP Mixtas pertenecen al genero de SEM], las empresas Mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.

Además, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) -en caso de que el anterior argumento fuera insuficiente-, que integran la rama ejecutiva “g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.” En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas Mixtas de SPD requiere autorización legal, ordenanza, de acuerdo o equivalentes, para ser creada (...).

No sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los arts. 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta (...).

5. También se debe aclarar que el hecho de que los arts. 38 y 68 citados hayan establecido, en forma expresa, que las “empresas oficiales de SPD” hacen parte de la estructura del Estado se debe a otra razón, aún más elemental. (...) Como las empresas oficiales de SPD se pueden constituir de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, (...) no bastaba con establecer que las empresas industriales y comerciales del Estado pertenecen a la estructura del Estado para entender allí incluidas todas las ESPD oficiales, porque habrían quedado por fuera las empresas oficiales constituidas como sociedades por acciones.

6. Encuentra la sala que el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado -como lo dice la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004 - no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, es solo el uso de una diferenciación de los regímenes jurídicos de entidades de la misma naturaleza que

hace el Legislador en uso de la libertad configurativa que se le atribuye³⁷.

La tesis positiva ha sido antes sostenida por la Sección Tercera en la Sentencia de agosto primero de 2002, al señalar en un pie de página del apartado primero de las consideraciones de la sala que “*es indiferente que Electranta sea empresa de servicios públicos mixta o que fuese empresa de servicios públicos oficial, por cuanto, en una u otra hipótesis, se trata de una entidad estatal*”.³⁸

Esta Providencia concluye que las ESP Mixtas “*pertenecen a la estructura del Estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la Ley 489 de 1998*”³⁹ tras señalar que tal naturaleza de las ESP Mixtas deviene de su calidad de SEM, según la definición dada en la Sentencia C-953 de 1999.

Es importante señalar que la Ley 489 se refiere propiamente a *entidad de naturaleza pública* o *entidad pública* en lugar de *entidad estatal*, entonces por su parte, el Consejo de Estado equipara estos tres conceptos en la Sentencia.

Esta sentencia –la del 2 de marzo de 2006- es citada por la Sección en el Auto del 8 de febrero de 2007⁴⁰, posición que corrige el Consejo de Estado en las Sentencias posteriores a la Sentencia C-736 del 2007 de la Corte Constitucional, al aceptar que las ESP Mixtas son entidades diferentes de las SEM.

³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703. Apartado 1.2.2.

³⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (1, agosto, 2002). C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Referencia: 21041. Apartado 1.2.2.

³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703. Apartado 1.2.2.

⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto (8, febrero, 2007). C.P. Enrique Gil Botero. Referencia: 30903.

Ahora bien, por otro lado para la Corte Constitucional en los autos 113 de 2006 y 031 de 2007 ya era claro que las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios y que lo eran en los términos del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

En el auto 113 de 2006, la Corte resolvió el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Civil Municipal y el Juzgado Civil del Circuito de la Mesa Cundinamarca con ocasión de una acción de tutela promovida contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.P.S..

Debido a que en el Decreto 1616 de 2003 y en el certificado de existencia y representación legal de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.P.S. consta que la Nación es su propietaria mayoritaria, para la Corte Constitucional *“dicha empresa hace parte de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y por consiguiente de las entidades de carácter descentralizado por servicios del orden nacional, de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998”*⁴¹, por esto en los términos del inciso 2, numeral 1 del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000⁴², el juez competente para tramitar la acción de tutela en cuestión, es el Juez del Circuito o con categoría de tal.

En el Auto 031 de 2007, la Corte resuelve un conflicto de competencia entre el Juzgado Segundo Administrativo de Popayán y el Juzgado Sexto Civil Municipal de la misma ciudad suscitado porque ambos Juzgados negaron ser competentes para conocer una acción de tutela interpuesta contra Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.(CEDELCA), que es una ESP Mixta.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Auto 113 (29, marzo, 2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente I.C.C. 993. Apartado 4

⁴² Artículo primero del Decreto 1382 de 2000, inciso 2 numeral 1: “A los Jueces del Circuito o con categorías de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental”. (Subrayas fuera de texto).

La Corte Constitucional considerando que *“dicha empresa hace parte de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y por consiguiente de las entidades de carácter descentralizado por servicios del orden nacional, de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998”*⁴³, debía aplicarse lo dispuesto en el inciso 2, numeral 1 del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000 y en consecuencia el Juzgado Segundo Administrativo de Popayán era quien debía tramitar la acción de tutela.

La nota particular de ambos pronunciamientos de la sala plena de la Corte Constitucional, es que en ninguno de los dos la Corte se compromete a aclarar en cual literal del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 estarían incluidas las ESP Mixtas como entidades descentralizadas por servicios.

Posteriormente, la Corte en la Sentencia C-736 de septiembre 19 del 2007, declara la exequibilidad del artículo 1° (parcial) del Decreto-Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994, expresando en el acápite de las consideraciones que las Empresas prestadoras de Servicios Públicos Mixtas son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público, con una naturaleza y un régimen jurídico especial. La misma providencia fue citada posteriormente por el Consejo de Estado en la Sentencia de diciembre 12 del mismo año⁴⁴ y en una posterior del 3 de diciembre 2008⁴⁵.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 31 (7, febrero, 2007). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente I.C.C. -1071.

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (12, diciembre, 2007). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 33645. Apartado II.

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (3, diciembre, 2008). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 34745. Apartado 5.6

A continuación se analizará con mayor profundidad el contenido de estas tres sentencias en lo referido a la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas.

- **Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional⁴⁶**. Sentencia hito: *“Las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector nacional”*.

Esta Sentencia acumuló 2 expedientes. En el primero, el ciudadano David Suárez Tamayo, pidió declarar inexecutable el Decreto-Ley 128 de 1976, por consagrar que el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de esta, es aplicable –entre otras entidades- a las SEM que tengan participación estatal igual o superior al 90% en su capital social.

También demandó por inconstitucional el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que dispone la aplicación del Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen a empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y a las otras entidades señaladas originalmente por el decreto.

Para este ciudadano, ambas disposiciones tratan a las sociedades cuyo capital público sea menor al 90% como entidades por fuera de la Rama Ejecutiva y de la estructura de la Administración, desconociendo con ello los artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta.

⁴⁶ Opiniones doctrinales sobre esta Sentencia pueden encontrarse en: ATEHORTÚA, Carlos Alberto. La Sentencia C-736 de 2007, en el contexto de la doctrina constitucional. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3. Igualmente en: HERNÁNDEZ, Alier. La naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios conforme a la Sentencia C-736-07. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

Los demandantes del segundo expediente, Paula Arboleda Jiménez y otros ciudadanos, pidieron que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 38 numeral 2 literal d y el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, porque no enlistan a las ESP Mixtas como pertenecientes al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

En su opinión, los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Constitución, señalan que las SEM pertenecen a la estructura de la Administración, resultando inconstitucional que el legislador establezca que las ESP Mixtas no pertenecen al sector descentralizado.

También demandaron por inconstitucionales los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994 que definen ESP mixta como *“aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”*, y ESP privada como *“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”*. Los demandantes consideran inconstitucionales estos artículos, por cuanto desconocen que toda empresa (incluso las de servicios públicos) conformada por capital público y privado, sin importar la proporción, es una SEM, con las consecuencias que de tal naturaleza se derivan.

La Corte consideró pertinente analizar si con fundamento en los artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución, se puede concluir que todas las sociedades en cuyo capital haya participación pública deben ser consideradas como SEM y por ende, como entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva y a la estructura de la Administración.

Al respecto, consideró la Corte Constitucional que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto en el artículo 365 de la Constitución,

Impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean 'sociedades de economía mixta' (...) se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas [artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución], que señalan las particularidades de esta actividad⁴⁷.

Por lo mismo, en esta Sentencia, la Corte Constitucional señaló que la Ley 489 de 1998 sí incluye a las ESP Mixtas y privadas como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional por el literal g) del artículo 38 *“demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”*, y por el artículo 68 cuando señala que *“son entidades descentralizadas del orden nacional (...) las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos”*.

Es decir, para la Corte Constitucional el hecho que las disposiciones acusadas no tomen en cuenta a las entidades con un capital estatal menor al 90% o en general a las ESP que *no* son oficiales, para ubicarlas dentro de la estructura de la Administración (Rama Ejecutiva, sector descentralizado), no quiere decir que las esté excluyendo de dicha estructura, por el contrario, a criterio de la Corporación:

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 5.2.2.

(...) las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de 'determinar la estructura de la Administración'. Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito. De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la "estructura de la Administración"⁴⁸.

Así se insiste en el hecho que las SEM pertenecen a la estructura de la Administración y que no tiene importancia que éstas no aparezcan mencionadas en el artículo 115 superior, que establece las entidades que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva porque a criterio de la Corte, ese no es un listado excluyente. En consecuencia, es totalmente plausible que el legislador consagre (como lo hizo en la Ley 489 de 1998 Art. 38) que SEM sean entidades descentralizadas adscritas a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

No obstante, lo anterior para la Corte Constitucional, las ESP Mixtas no son sociedades de economía mixta y no se les puede aplicar sin más, las consecuencias de serlo; pues considera que por su importancia y trascendencia para la sociedad, tienen una naturaleza especial -son ESP, nada más ni nada menos- y su régimen es especial: el que sea señalado por el legislador.

Sin embargo, reitera esta Corporación que estas sociedades también hacen parte de la Rama Ejecutiva en el sector descentralizado por servicios y hacen parte de la estructura de la Administración, así mismo reitera la Corte que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría

⁴⁸ IBID, apartado 5.2.2.

dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las EICE y las SEM, sino también a “*otras entidades del orden nacional*” (como las ESP Mixtas) no siendo taxativa la enunciación del artículo 150.

Adicionalmente, entiende que el artículo 38 de la ley 489 de 1998, el cual enumera las entidades integrantes de la Rama Ejecutiva del poder público y que sólo menciona expresamente a las ESP oficiales, no pretendía excluir a las ESP Mixtas de este listado, ya que, como sucede con las SEM, éste no es taxativo, y en su literal g) señala que hacen parte de la estructura de la Administración en el sector descentralizado por servicios “*las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”⁴⁹. A renglón seguido, el artículo 68 de la misma Ley consagra como entidades descentralizadas “*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio*”, en las que están incluidas, implícitamente, las ESP Mixtas.

La Corte declaró la constitucionalidad de las normas demandadas al considerar que el legislador no había violado la Constitución al no incluir *expresamente* a las ESP Mixtas dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público (Art. 38) y en la estructura de la Administración (Art.39), de hecho éstas se encuentran implícitamente incluidas gracias al literal g) del mismo artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

⁴⁹ IBID.

El Magistrado Jaime Araújo Rentería, salvó su voto en esta Sentencia, porque considero que en virtud de la Sentencia C-953 de 1999 de la Corte Constitucional, se había dejado claro que *“cualquier entidad societaria en la que el Estado participe con recursos públicos para la conformación de su capital social, independientemente del monto en que lo haga, es una sociedad de economía mixta”*. En tal sentido considera que los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994, los apartados demandados del artículo 1º del Decreto-Ley 128 de 1976 y del artículo 102 de la Ley 489 de 1998 debieron ser declarados inconstitucionales por la Corte.

De la argumentación de la Corte Constitucional se extraen cuatro conclusiones fundamentales sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas:

1. Las Empresas prestadoras de Servicios Públicos tienen una naturaleza jurídica y un régimen jurídico especial.

La Corte aclara 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 [artículo 365] como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos”*⁵⁰.

2. Las Empresas prestadoras de Servicios Públicos son un tipo de entidades diferentes de las Sociedades de Economía mixta.

⁵⁰ IBID, apartado 4.2.

Señala la Corte que *“del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta*⁵¹.

En este punto conviene rescatar el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando se refirió al tema del control fiscal que se ejerce sobre las empresas de servicios públicos y respecto de las empresas de servicios públicos Mixtas consideró que *“constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma constitucional de 1968. Las primeras [Las ESP Mixtas], son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos*⁵².

3. Las Empresas prestadoras de Servicios Públicos hacen parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

La Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos Mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley

⁵¹ IBID, apartado 5.2.5.

⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (10, septiembre, 1998). C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Referencia: 1141. Apartado II respuesta 6.

para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos Mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional⁵³.

Al referirse sobre la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 489 de 1998 [son entidades descentralizadas del orden nacional (...) las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos (...)] señala que *“de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”*⁵⁴.

Estos argumentos fueron esbozados en la Sentencia del 2 de marzo de 2006 del Consejo de Estado, cuando la Sección Tercera expuso el cuarto argumento con el cual fundamenta la tesis positiva que considera a las ESP Mixtas como entidades que integran la Rama Ejecutiva del Poder público: *“no sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los arts. 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta”* (...)⁵⁵.

⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 5.3.1.

⁵⁴ IBID, apartado 5.3.2.

⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alir E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703. Apartado 1.2.2.

4. Las Empresas de Servicios Públicos hacen parte de la Administración Pública.

La noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se 'vinculan' a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central⁵⁶.

La Corte Constitucional sostiene lo contenido en esta sentencia en las sentencias C-910 de 2007⁵⁷ y en el Auto 03 de enero 23 de 2008⁵⁸.

La Corte Constitucional no señaló explícitamente si el término "entidad descentralizada por servicios perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público" se corresponde con el de "entidad pública". **¿Son estos dos términos equiparables? ¿Qué entidad con esas características no es una entidad pública?**

Al respecto de las entidades descentralizadas por servicios, la Corte Constitucional en los siguientes extractos indica que la descentralización por servicios implica el crecimiento de la estructura de la Administración mediante la creación de nuevas entidades públicas.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 3.2.2

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-910 (31, octubre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente D-6784. Cita ampliamente la Sentencia C-736 de 2007 para señalar que las SEM son Administración Pública y hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto (23, enero, 2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente ICC-1175.

En la Sentencia C-216 de 1994, la Corte señaló que *“la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa”* y esta última consiste en la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente⁵⁹.

En el mismo sentido, en la Sentencia C-736 de 2007, cuando la Corte explicaba que el crecimiento del Estado por la adopción del modelo de *“Estado Social de derecho”*

Significó la ampliación del concepto de función ejecutiva, es decir, un aumento de la actividad de la Administración, al cual correspondió el crecimiento de su estructura orgánica que se vio ampliada con nuevas formas de entidades públicas. Entre las nuevas funciones asignadas a la Administración aparecen, entre otras, las de fomento e intervención económica, así como la de garantía de la adecuada prestación de los servicios públicos, para cuyo cabal cumplimiento surge el concepto de descentralización administrativa por servicios⁶⁰. (Subrayas fuera de texto).

Ahora, para la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia de agosto 24 de 2005:

Las entidades públicas corresponden a las personas jurídicas creadas por disposición de la ley o con respaldo en la misma, donde el Estado hace aportes de capital, las cuales son vigiladas y controladas por el mismo Estado, merced a la presencia de capital público dentro de sus arcas. Ahora,

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 (28, abril, 1994). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-435.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 3.1.

estas entidades públicas, según las características anteriores, se pueden constituir con la sola presencia de capital público, o también pueden generarse por la mixtura entre capital público y capital privado, siempre que el ordenamiento jurídico permita esa forma asociativa⁶¹.

En esta misma Sentencia el Consejo de Estado enunció seis criterios que permiten la identificación de una entidad pública: 1) su forma de creación, 2) el origen del capital, 3) la forma de adhesión o vinculación a ellas, 4) el objeto a desarrollar, 5) las prerrogativas y 6) los aspectos relativos a la inspección, vigilancia y control fiscal.

A su vez, en la Sentencia C-736 de 2007, se señaló que:

La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde *“crear o autorizar la constitución de... sociedades de economía mixta”* del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia (24, agosto, 2005). C.P. Nohemi Hernandez Pinzon. Referencia: 3229-3230.

de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial ⁶².

Comparando lo expuesto por el Consejo de Estado, como criterios para identificar una entidad pública, en comparación con lo expresado por la Corte Constitucional sobre las consecuencias constitucionales de las SEM por ser entidades descentralizadas vinculadas a la Rama Ejecutiva, se tiene una tautología y se confirma que la descentralización implica la creación de entidades públicas, tal como se evidencia en la siguiente tabla:

Tabla 1. Comparación entre los Criterios para identificar una entidad pública -según la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia agosto 24 de 2005 (Exp. 3229-3230)- y las consecuencias constitucionales de las SEM por ser entidades descentralizadas vinculadas a la Rama Ejecutiva -según la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007-.

Criterios para identificar una entidad pública según la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia agosto 24 de 2005 (Exp. 3229-3230)	Consecuencias constitucionales de las SEM por ser entidades descentralizadas vinculadas a la Rama Ejecutiva según la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007
1) Su forma de Creación	(iii) creadas por Ley, Ordenanza o Acuerdo dependiendo del nivel al que

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 3.1.

	pertenezca (Constitución Art. 150 #7, 300 #7 y 313 #6)
2) El origen del Capital	
3) La forma de adhesión o vinculación	
4) El objeto a desarrollar	
5) Las Prerrogativas	
6) Los aspectos relativos a la inspección, vigilancia y control fiscal	(i) están sujetas a control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados (Constitución Art. 267)

Lo anterior nos permite concluir que las entidades descentralizadas son entidades públicas.

Retomando, no toda entidad pública es descentralizada, pero toda entidad descentralizada es entidad pública. Entonces toda SEM es entidad descentralizada y pública, con la misma lógica, si de conformidad a la Sentencia C-736 de la Corte Constitucional las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público, también son entidades públicas.

- **Sentencia de diciembre 12 de 2007 - Consejo de Estado.** *“Las ESP Mixtas son entidades estatales, que forman parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público”.*

La Sala resolvió los recursos ordinarios de súplica contra el Auto proferido el 3 de agosto de 2007 por la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, en el cual se declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción en el proceso que revisaba el

laudo arbitral proferido el día 15 de diciembre de 2006, que resolvió las controversias surgidas con ocasión del Contrato de Interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998 entre la sociedad COMCEL S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB S.A. E.S.P.).

La Magistrada consideró que por ser la ETB S.A. E.S.P. una ESP Mixta, se trataba de una entidad que no forma parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público y como la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa está referida a las controversias en las cuales sean parte las entidades públicas, el Consejo de Estado no debía conocer el mencionado proceso.

En el análisis del caso la Sala citó la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, en el recuento de sus Providencias⁶³ a través del cual demuestra que en ellas existe

Un criterio mayoritario y reiterado, según el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra laudos arbitrales, proferidos con ocasión de las controversias contractuales donde una de las partes sea una entidad estatal, sino también de que las E.S.P. Mixtas deben considerarse como tales, dado que forman parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público⁶⁴.

⁶³ Providencias del Consejo de Estado citadas en esta Sentencia: 1) Sentencia del 6 de junio de 2002 de la Sección Tercera (Exp. 20.634), actor Telecom y demandado Nortel Networks de Colombia S.A. 2) Auto del 20 de agosto de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Exp. 14.202), Reiterado en Auto del 8 de febrero de 2001 (Exp. 16.661) 3) Sentencia de agosto 1 de 2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Exp. 21.041), actor Electrificadora del Atlántico SA. E.S.P. y demandado Termorío SA. E.S.P. 4) Sentencia del 23 de septiembre de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Exp. S-701), y otra providencia del 12 de agosto de 1999 de la Sección Tercera (Exp. 16.446) 5) Sentencia del 24 de mayo de 2006 de la Sección Tercera, Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez (Exp. 31.024).

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (12, diciembre, 2007). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 33645. Apartado II.

El Consejo de Estado consideró que la magistrada se equivocó porque conforme al artículo 128 numeral 5º del Código Contencioso Administrativo le corresponde conocer en única instancia los recursos de anulación que se interpongan contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, además en virtud de la Ley 1107 de 2006 es competente para juzgar las controversias en las cuales sean parte las entidades públicas, bajo el supuesto que ETB como entidad mixta, es estatal.

A propósito, el Consejero de Estado Enrique Gil Botero en su Aclaración de Voto señala:

A manera de síntesis unificadora de las distintas sentencias del Consejo de Estado –en particular las de la Sección Tercera de marzo 2 de 2006 (exp. 29.703) y de febrero 8 de 2007 (exp. 30.903)- y de la Corte Constitucional –en especial la sentencia C-736 de 2007, es posible concluir lo siguiente: Las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto –es decir, aquellas que tienen un capital público superior al 50%- , ii) así como las privadas con participación estatal –es decir, aquellas que tienen capital público inferior al 50%- son entidades descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, y por esta misma razón son entidades estatales⁶⁵.

- **Sentencia de diciembre 3 de 2008 del Consejo de Estado.** *“Las ESP Mixtas son entidades públicas o estatales”.*

Se trata del recurso de anulación de laudo arbitral proferido el 4 de septiembre de 2007, por el Tribunal de Arbitramento convocado por Colombia Móvil S.A. E.S.P. para resolver las controversias surgidas con Móvil Tech S.A., con ocasión del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003 y su Acuerdo

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (3, diciembre, 2008). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 34745. Aclaración de Voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero.

Modificatorio No. 1 de 27 de julio de 2004, cuyo objeto fue promover la contratación de los Servicios de Comunicación Personal –PCS- en una zona previamente fijada.

Conforme al artículo 128 numeral 5º del Código Contencioso Administrativo, le corresponde al Consejo de Estado conocer en única instancia los recursos de anulación que se interpongan contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales.

Dado que Colombia Móvil S.A. E.S.P. es una ESP privada y que celebraría contratos estatales en la medida que sea una entidad estatal, esta Corporación antes de estudiar el caso concreto se refirió a la naturaleza jurídica de las ESP.

El Consejo de Estado señaló que ha sostenido dos posiciones en cuanto a la naturaleza de las empresas Mixtas de servicios públicos domiciliarios: la primera considera que estas sociedades no forman parte de la estructura del Estado⁶⁶, la cual fue sostenida por tres argumentos: i) que no están incluidas en la Ley 489 de 1998, ii) que las mismas conforman un tipo societario especial, y iii) que son entidades privadas. La segunda postura⁶⁷, que es la acogida en esta Sentencia, según la cual las ESP Mixtas son entidades descentralizadas y por tanto hacen parte de la estructura del Estado.

Ahora, el Consejo de Estado discrepa del concepto que dio la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007 sobre la naturaleza jurídica de las ESP privadas, lo considera obiter dictum en tanto la constitucionalidad de las normas estudiadas no fue condicionada.

⁶⁶ Cita el Consejo de Estado dos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil: Concepto de enero 28 de 1999 (referencia 1171), C.P. Javier Henao Hidrón y el Concepto del 11 de septiembre de 1998 (referencia 1141), C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

⁶⁷ Sostenida según el Consejo de Estado en las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo el primero de agosto de 2002 (referencia 21.041), C.P. Germán Rodríguez Villamizar y el 2 de marzo de 2006 (referencia 29.703), C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Por esto, para el Consejo de Estado las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado *“no forman parte del género de las entidades estatales y por tanto, en relación con los contratos que las mismas celebren, además de regularse por el derecho común, deberá predicarse una naturaleza jurídica privada puesto que en modo alguno podrán tenerse como contratos estatales”*⁶⁸.

En el caso concreto, se consideró que por Colombia Movil S.A. E.S.P. ser una ESP privada *“no tiene el carácter de entidad estatal, en tanto no es una empresa de servicios públicos oficial o mixta, de acuerdo con los artículos 14.5 y 14.6 de la Ley 142 de 1994”*, además *“no tiene el carácter de entidad pública, lo cual sólo es predicable en relación con las empresas oficiales y las mixtas”*⁶⁹.

Entonces el Consejo de Estado acepta de la Sentencia C-736 de 2007 las consideraciones conforme a las cuales las ESP Mixtas son entidades descentralizadas y por tanto hacen parte de la estructura del Estado; para esta Corporación tienen el carácter de entidad estatal o entidad pública y por ello los contratos que estas entidades celebren serán estatales en el sentido orgánico, pese a que se rijan por Derecho Privado⁷⁰; sin embargo, no considera que las ESP Privadas sean entidad pública o estatal y en este sentido no celebran contratos estatales.

Es importante resaltar que en esta sentencia, el Consejo de Estado equipara entidad estatal con entidad pública al utilizar ambas expresiones como sinónimos, elemento repetitivo en sus pronunciamientos⁷¹.

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (3, diciembre, 2008). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 34745. Apartado 5.4.

⁶⁹ IBID, apartado 5.6

⁷⁰ IBID, apartado 5.6

⁷¹ Así por ejemplo en la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 2 de marzo de 2006 (referencia 29.703), CP. Alier E. Hernández Enríquez, en el apartado 1.2.2.

Recapitulando se puede concluir sobre los pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes que:

1. Las ESP Mixtas pertenecen al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, dado que están incluidas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 numeral 2 literal d) “*demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”, y en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 [son entidades descentralizadas del orden nacional (...) las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos (...)].

Este es el argumento central de la Sentencia C-736 de 2007, pero ya había sido esbozado en la razón cuarta de la tesis positiva que sostiene el Consejo de Estado en la Sentencia de 2 de marzo de 2006⁷².

2. Las ESP Mixtas son entidades diferentes de las SEM, según la Sentencia C-736 de 2007 y el Concepto del 10 de septiembre de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷³.
3. El Consejo de Estado en las Sentencias del 17 de noviembre de 2005⁷⁴, del 2 de marzo de 2006⁷⁵, de diciembre 12 de 2007⁷⁶ y de diciembre 3 de 2008⁷⁷,

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703. Apartado 1.2.2.

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (10, septiembre, 1998). C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Referencia: 1141. Apartado II.

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección quinta. Sentencia (17, noviembre, 2005). C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Referencia: 3.713.

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703. Apartado 1.2.2.

⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (12, diciembre, 2007). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 33645. Apartado II.

ha considerado las ESP Mixtas como entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva en el sector nacional y en tal sentido, entidades estatales o públicas.

1.3. EN LA DOCTRINA

Para el profesor Alberto Montaña⁷⁸ cuando la Ley 142 creó las ESP, creó un “bicho raro” y les estableció una reglas de juego coherentes con el esquema constitucional de los servicios públicos, de conformidad al cual deben confluir en libre competencia públicos y privados bajo un principio mínimo de igualdad, lo que implica necesariamente que los sujetos que prestan los servicios públicos deben tener una denominación distinta y en consecuencia no se trata de una especie de sociedad de economía mixta, sino de un tipo de entidad diferente, en la cual se llame por igual a los públicos y a los privados, pese a que unos tengan capital público, otros no tengan y otros en más del cincuenta por ciento.

Por supuesto, la entidad que tenga capital público seguirá teniendo una trascendencia pública, pero no es correcto llamar a las Mixtas entidades públicas, porque eso no lo dice la Ley, genera un caos en términos de libre competencia, los fines sociales del Estado relacionados con los servicios públicos igualmente pueden ser desarrollados por una entidad privada y en términos de análisis económico del Derecho llamar a las ESP Mixtas entidades descentralizadas mientras las privadas no lo son, sin duda alguna atenta de manera evidente sobre el incentivo de participación privada en el sector.

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (3, diciembre, 2008). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 34745. Apartado 5.1

⁷⁸ Entrevista con Alberto Montaña, Profesor investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 19 de noviembre de 2009.

Este autor sostiene que las ESP Mixtas no son entidades descentralizadas, porque la Ley 142 no decía eso y porque posteriormente, la Ley 489 hizo alusión de manera clara a una única entidad descentralizada que tiene que ver con servicios públicos domiciliarios, que fue la ESP Oficial.

Sin embargo, dado que en la Sentencia C-736 del 2007 la Corte Constitucional concluyó que las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, se debe considerar que *“una entidad administrativa o si se quiere descentralizada, en términos genéricos, será siempre entidad u organismo público o estatal (...) A lo anterior, se le puede hacer una salvedad: en el derecho colombiano, la expresión entidad estatal, es usada para efectos de la contratación estatal [artículo 2 de la Ley 80 de 1993]”*.⁷⁹ En consecuencia *“todas las entidades descentralizadas son entonces, entidades administrativas, entidades estatales, y entidades públicas”*.⁸⁰

En el mismo sentido *“la determinación del régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios Mixtas, no se puede hacer con criterios de conveniencia, ni con una interpretación ‘leguleya’ de las acepciones entidad administrativa, entidad descentralizada, entidad pública, organismo público o entidad estatal. Todas estas categorías, en línea de principio cobijan a las empresas de servicios públicos domiciliarios Mixtas”*.⁸¹

⁷⁹ MONTAÑA, Alberto. La calificación de públicas de las empresas de servicios públicos domiciliarios Mixtas y la incidencia genérica de ésta en su régimen jurídico. Texto preliminar del artículo que será publicado en la Revista de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

⁸⁰ IBID.

⁸¹ IBID.

Mientras el Profesor David Suárez,⁸² considera que en efecto las ESP Mixtas son entidades públicas, estatales, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y descentralizadas por servicios, estando de acuerdo con la Corte Constitucional en incluirlas en el último literal del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. No obstante, afirma que son una modalidad de sociedades de economía mixta y no una clase especial de entidad. En lo referido a la naturaleza de las ESP Privadas, considera que son Mixtas todas las entidades en las cuales confluya el capital público y privado sin importar el porcentaje de dicha participación, en tal sentido, estas ESP no tienen una naturaleza privada derivada de su denominación, tienen esta denominación en tanto el legislador decidió que se llamaran así y no de otra manera.

1.4. FIJACIÓN DE POSICIÓN

Al comienzo de este capítulo se demostró claramente como desde el análisis de la legislación, resulta difícil establecer la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas, sin embargo se propuso una forma armónica de interpretación de la Ley 489 de 1998 conducente a afirmar la naturaleza pública de estas entidades, e incluso de las ESP privadas.

A renglón seguido, se evidenció esta dificultad hermenéutica en las múltiples interpretaciones de las normas del ordenamiento jurídico colombiano que han realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; pero hoy existen dos sentencias – la C-736 de 2007 y la del diciembre 3 de 2008- que finalmente

⁸² Entrevista con David Suárez Tamayo, profesor de la Universidad Eafit. Medellín, 5 de marzo del 2010. También en: SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del Derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones y tendencias del Derecho administrativo. Tesis de Grado. Maestría en Derecho (modalidad investigativa). Medellín. Universidad de Antioquia. 2009. p. 119-127.

permiten entablar un punto de encuentro en cuanto a la naturaleza pública de las ESP Mixtas.

Es pertinente formular el siguiente interrogante ¿Cuáles argumentos jurídicos respaldan con solidez el punto de acuerdo entre las Altas Cortes sobre la naturaleza pública de las ESP Mixtas? Para esto se hace necesario analizar la fuerza vinculante de ambas sentencias, es decir, la de una sentencia de constitucionalidad en que la Corte Constitucional interpretó una disposición normativa incluyendo consideraciones adicionales a lo que literalmente expresa para declarar su exequibilidad sin condicionamiento alguno y la de un recurso de anulación de laudo arbitral:

a) Sentencia C-736 de 2007.

El Consejo de Estado planteó, como ya fue señalado- que los argumentos de la Corte son simple *obiter dicta*, en el entendido que las razones expuestas como fundamento de la decisión están enfocadas directamente a declarar la inexecutable o al menos, la exequibilidad condicionada de las normas demandadas y por el contrario, el fallo declaró la constitucionalidad sin condiciones de dichas disposiciones normativas, aún así al hacer un análisis sistemático de la Sentencia, puede evidenciarse claramente cómo la posición del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sólo es cierta respecto de las consideraciones sobre el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142.

No obstante, en lo referente a la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas y su inclusión en la Ley 489 de 1998, la Corte afirmó que no fueron dejadas de lado por el legislador como entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, porque como se mencionó anteriormente, las incluyó en el artículo 38 literal g). Estas consideraciones son la razón de la decisión de exequibilidad de dicho

artículo (así como del artículo 69 de la misma ley); en otras palabras, es la *ratio decidendi* y como tal tiene pleno poder vinculante con efectos *erga omnes*.⁸³

b) Sentencia del 3 de diciembre de 2008.

Ahora bien, si la C-736 de 2007 tiene una fuerza vinculante *erga omnes* en lo referente a la pertenencia de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas a la Rama Ejecutiva y a la estructura de la Administración, esta providencia de la Sección Tercera al decidir un recurso de anulación contra un laudo arbitral, tiene un efecto interpartes. Esta Sentencia, fija fuertemente la posición sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas y Oficiales, debido a que da por sentada la naturaleza pública de tales entidades, respaldados en que el Consejo de Estado lo ha reiterado de manera uniforme en su jurisprudencia, y de esta forma se constituye en doctrina legal probable⁸⁴.

Además señala la Sala que de conformidad a la Sentencia C-736 los apartados 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994 fueron declarados exequibles sin condicionamiento alguno por la Corte Constitucional, con efectos de la cosa juzgada constitucional y con carácter *erga omnes*, por tanto, no es posible seguir predicando la excepción de inconstitucionalidad del numeral 14.6 referido en la Sentencia del Consejo de Estado con radicado 29.703 de marzo 2 de 2006 y en tal sentido no procede insistir de manera alguna en la naturaleza privada de las ESP Mixtas.

Así como la jurisprudencia de las Altas Cortes representada en las dos sentencias cuya fuerza vinculante acabamos de verificar, demuestra firmemente que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas son, en efecto, entidades de naturaleza

⁸³ De conformidad a los artículos 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia y a lo expuesto en la Sentencia C-180 de febrero 9 del 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁴ Ver definición en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-3374. Apartado 4.1.

pública, con la interpretación sistemática de la Ley 489 de 1998 también puede llegarse a la misma conclusión y como ha sido reiterado anteriormente, al realizar un análisis conjunto de los artículos 68, 38 y 39 de la misma ley, puede concluirse que estas empresas son entidades descentralizadas por servicios y como tales pertenecen a la Rama Ejecutiva y en consecuencia a la estructura de la Administración, en otras palabras, son ENTIDADES DE NATURALEZA JURÍDICA PÚBLICA.

2. RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES DE LAS ESP MIXTAS

La Ley 142 de 1994 consagra el régimen jurídico de las ESP⁸⁵ estableciendo los requisitos de su denominación social, su duración indefinida, la posibilidad de aumento del capital autorizado por decisión de la Junta Directiva en caso de nuevas inversiones de infraestructura relacionadas con el servicio público que presta, la forma y plazo de pago del capital suscrito, la forma del avalúo de los aportes en especie, la posibilidad del funcionamiento de la empresa mientras esté pendiente el registro de inmuebles o derechos reales, el número plural de socios para la validez de las decisiones de la Asamblea, la emisión y colocación de acciones, el envío de las actas de la Asamblea, de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las causales de disolución.

“(...) En lo demás las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”⁸⁶, como por ejemplo, el requisito de número mínimo de accionistas, las atribuciones de los órganos sociales o los temas referidos a la elección y funciones del revisor fiscal⁸⁷.

En sentido similar, la Ley 142 dispone que las normas de Derecho Privado rigen los aportes efectuados a las ESP por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo⁸⁸; la constitución y los actos de las ESP, especialmente aquellos requeridos para la administración y el

⁸⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1994. No. 41433. Artículo 19.

⁸⁶ IBID, artículo 19.15.

⁸⁷ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 354 (14, abril, 2009).

⁸⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1994. No. 41433. Artículo 27.7.

ejercicio de derechos de los accionistas⁸⁹; los contratos de administración profesional de acciones e igualmente los contratos consagrados en los artículos 39.3, 39.4 y 39.5 del Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios⁹⁰. En el caso de las ESP Mixtas, *“cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se registrarán íntegramente por el derecho privado”*⁹¹.

La Ley en mención también dispone que los empleados de las ESP Mixtas y de las Privadas tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la misma Ley⁹².

De esta manera, la Ley 142 de 1994, creó las Empresas de Servicios Públicos Mixtas como entidades con participación de capital público, regidas en los aspectos señalados por Derecho Privado; tal configuración deviene del artículo 365 Superior, que facultó al Legislador para disponer un régimen jurídico de los servicios públicos que asegurara la efectividad del *“principio de concurrencia”*, de manera tal que la competencia en el mercado de los servicios públicos se desarrollará en condiciones de igualdad entre el Estado, las asociaciones de éste con el sector privado y los particulares, como se expone en la Sentencia C-736 de 2007⁹³.

En el capítulo anterior, después de un profundo análisis normativo y jurisprudencial del ordenamiento jurídico colombiano, se llegó a la conclusión de que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas tienen una naturaleza jurídica pública; del mismo modo, se planteó la hipótesis según la cual, existe una relación

⁸⁹ IBID, artículo 32.

⁹⁰ IBID, párrafo del artículo 39.

⁹¹ IBID, artículo 19.17.

⁹² IBID, artículo 41.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Apartado 6.2.3

de contingencia entre la naturaleza jurídica, el régimen jurídico y el juez de conocimiento de una entidad.

Es indispensable preguntarse cómo incide la naturaleza jurídica pública de estas empresas en su régimen especial, principalmente en aquellos temas no regulados expresamente por la Ley 142; deben analizarse entonces temas como la aplicación de las disposiciones sobre austeridad en el gasto del Decreto 1737 de 1998, las disposiciones de la Ley 996 de 2005 sobre garantías electorales, la Resolución 2227 de 2006 de la Superintendencia de Notariado y Registro sobre el reparto notarial de las escrituras públicas, la aplicación de la Ley 190 de 1995 en lo referido a la publicación de los contratos de las ESP Mixtas en el Diario Único de Contratación Pública y la procedencia del derecho de petición y de la acción de tutela, la posibilidad de realizar donaciones, entre otros.

Un caso particular de la relación naturaleza-régimen, se presenta en el tema de los servidores de las ESP Mixtas, debido a que la Corte Constitucional en un intento de coherencia al fijar su posición sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, señaló que son servidores públicos a los que se les aplica en principio el régimen de los trabajadores particulares, pero nada aclaró sobre la posibilidad de aplicarles el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, disciplinario, fiscal y penal, propio de los servidores públicos; razón por la cual, estos temas serán discutidos a continuación.

2.1. ¿EMPLEADOS PARTICULARES O SERVIDORES PÚBLICOS?

Para iniciar, son empleados de las ESP Mixtas las personas naturales que tienen con esta entidad una relación laboral, incluyendo su representante legal. Mientras que los miembros de junta directiva de una ESP Mixta, generalmente se vinculan por

medio de un contrato de prestación de servicios y por su gestión cobran unos honorarios, por tal razón, no son empleados de estas entidades.

El artículo 41 de la Ley 142 de 1994 prescribe: *“las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o Mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley(...)”*.

Al respecto, la Corte Constitucional en las Sentencias C-253 y C-318 de 1996, sostuvo que los trabajadores de las ESP Privadas o Mixtas tienen la calidad de trabajadores particulares y en tal sentido, su relación laboral se rige por el Código Sustantivo del trabajo.

Sin embargo, en la Sentencia C-736 del 2007, esta misma Corporación consideró que los trabajadores de esas empresas son servidores públicos. En los cargos contra los artículos declarados exequibles, el demandante del primer expediente señaló que todos los trabajadores de las SEM debían ser considerados servidores públicos y como tales, estar sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Decreto-Ley 128 de 1976; de manera similar, para los demandantes del segundo expediente resultaba inconstitucional la exclusión de las ESP Mixtas que hace el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, entre otros motivos, porque los empleados de las ESP Mixtas no pueden ser considerados empleados particulares, debido a que al ser las ESP Mixtas entidades descentralizadas, sus empleados son servidores públicos conforme al artículo 123 constitucional.

Para dar respuesta a estos cargos, la Corte Constitucional se preguntó si todos los trabajadores de las SEM, incluidos los miembros de sus juntas o consejos directivos, deben ser considerados servidores públicos y como tales deben estar sometidos al régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y

responsabilidades, contenido en el Decreto Ley 128 de 1976, sin importar el monto del capital estatal presente en este tipo de entidades.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional dejó claro que *“en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los de las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas”*⁹⁴ (subrayas fuera del texto), en uso de la facultad que le otorga el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución.

Para esta Corporación, según el artículo 124 de la Constitución, la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva se fija por Ley, sin embargo, *“el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta”*⁹⁵. Entonces, como los trabajadores de las SEM y las ESP Mixtas son servidores públicos, el legislador está facultado para señalar su régimen jurídico y su régimen de responsabilidad, *“y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades”*⁹⁶, y esto es así para la Corte porque:

El Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios

⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 6.2.2ª.

⁹⁵ IBID, apartado 6.2.2.

⁹⁶ IBID, apartado 6.2.3.

públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado⁹⁷. (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, para la Corte Constitucional, los servidores de las ESP Mixtas, como los de toda entidad descentralizada, son servidores públicos, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Nacional y gracias a la cláusula de libre configuración legislativa, consagrada en el artículo 210 de la Carta Política, el legislador tiene la facultad de establecer su régimen legal aplicable, siempre que respete los límites constitucionales que le han sido impuestos en aspectos como las inhabilidades e incompatibilidades a las que están sometidos.

Considerando la posición de la Corte Constitucional, en este trabajo de grado se propone hacer una diferenciación entre el régimen constitucional y el régimen legal de los trabajadores de las ESP Mixtas; de una lado, de la Sentencia C-736 del 2007 se deduce que tienen el régimen constitucional de los servidores públicos, es decir, a ellos se les aplican las normas de la Constitución que rigen a los servidores públicos; del otro lado, tienen el régimen legal que el Legislador les señale, cual es de conformidad al artículo 41 de la Ley 142 de 1994, el propio de los particulares, tal elección se encuentra justificada en razones funcionales y técnicas propias del régimen de concurrencia con los particulares en la prestación de los servicios públicos⁹⁸.

⁹⁷ IBID, apartado 6.2.1.

⁹⁸ Este tema puede leerse en: ORDOÑEZ, Alejandro. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos, ¿servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas?. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

En cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos, debe tenerse en cuenta que el artículo 124 constitucional dejó al Legislador la facultad de determinarla, en tal sentido, no hay consagración de la responsabilidad disciplinaria, fiscal o penal de los servidores públicos a nivel constitucional y debe hacerse un análisis juicioso de las normas legales que efectivamente regulan cada asunto.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 17 de febrero de 2009⁹⁹, sostiene una posición diferente a la Corte Constitucional casi dos años después de la Sentencia C-736. En esta providencia, la Corte Suprema resolvió el recurso de casación en un proceso laboral promovido contra Electrificadora del Chocó S.A. E.S.P. Empresa de Servicios Públicos Mixta, consideró a sus empleados como empleados particulares, con fundamento en el artículo 41 de la Ley 142.

Este pronunciamiento no menciona a la Sentencia C-736 de 2007, en la cual se dejó claro que las ESP Mixtas son entidades descentralizadas por servicios, en consecuencia, la aplicación del artículo 123 constitucional es evidente, así estos empleados por laborar en una entidad de la mencionada naturaleza son servidores públicos con un régimen especial, un régimen de Derecho Privado establecido por el legislador dentro de los límites constitucionales.

Es pertinente comentar que para la Superintendencia de Servicios Públicos, los empleados de las ESP Mixtas son trabajadores particulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994¹⁰⁰.

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia (17, febrero, 2009). M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Referencia: 29460.

¹⁰⁰ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 310 (26, marzo, 2009).

Por otro lado, el profesor Carlos Alberto Atehortúa, considera que la interpretación de la Corte Constitucional con respecto al régimen de los trabajadores de las ESP Mixta es acertada, toda vez que *“el servidor público es el que trabaja al servicio del público. Al respecto se pregunta la Corte, ¿es incompatible el concepto de servidor público con el de particular? No, es un género en el que también caben los particulares, el régimen que se les aplica es el que señale la ley, igual a lo que sucede con respecto de las entidades públicas o mixtas como las ESP. La ley señala el régimen laboral, penal, disciplinario (...)”*¹⁰¹.

Se debe aclarar que los miembros de la Junta no están dentro de la previsión del 123 de la Constitución debido a que no son empleados o trabajadores de las ESP Mixtas, pero si son particulares que pueden transitoriamente ejercer funciones públicas y administrar bienes del estado; funciones que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56 y siguientes de la Ley 142 de 1994 son: usar el espacio público, ocupar temporalmente inmuebles y constituir servidumbres.

2.2. INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES

2.2.1. El caso de los empleados.

Los servidores públicos deben cumplir con ciertos requisitos para acceder y permanecer en un cargo, debido a que están sujetos a un régimen de inhabilidades, estas se dan cuando la persona no puede asumir el cargo por razones subjetivas ajenas al cargo que se pretende ocupar; también están sujetos a un régimen de incompatibilidades, las cuales son propias del cargo y se presentan cuando éste exige que el individuo no pueda presentar ciertas

¹⁰¹ Entrevista con Carlos Alberto Atehortúa, asesor y consultor del sector en servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones y docente investigador en derecho Económico en la Universidad Externado de Colombia. Medellín, 4 de diciembre de 2009.

condiciones, a saber, las relaciones de parentesco de consanguinidad, afinidad o civil con otros servidores públicos, entre otros.

En la Sentencia C-736 de 2007, la Corte Constitucional afirmó que *"las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos"*.

La Corte Constitucional les dio el carácter de servidor público a los empleados de las ESP, así las normas constitucionales aplicables a tal género son extensivas a los servidores de las ESP y en razón de su régimen especial, el Legislador les atribuyó otras tantas.

En virtud de lo anterior, los empleados de las ESP Mixtas –incluido el representante legal- en su calidad de servidores públicos tienen como inhabilidades e incompatibilidades constitucionales:

- No pueden nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente¹⁰².
- Tampoco pueden designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación¹⁰³.

¹⁰² Constitución Política de Colombia. 1991, artículo 126.

¹⁰³ IBID, artículo 126.

- No pueden celebrar, por si o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Los empleados de las ESP por ser servidores públicos tampoco podrán participar en licitaciones o concursos o celebrar contratos con las entidades estatales¹⁰⁴.
- Podrán participar en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas en las condiciones que señale la ley¹⁰⁵.

Ahora, les aplicarían otras prohibiciones como las del artículo 128 de la Constitución, entonces no podrán ejercer simultáneamente otro empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, es decir, de los recursos de la Nación, las entidades territoriales y de las descentralizadas, o de las empresas en que el Estado sea socio mayoritario.

En atención a que se trata de la prestación de un servicio público domiciliario, complementario o especial de Ley 142 de 1994 o por el cargo de desempeñan en la empresa los servidores de las ESP Mixtas encuentran en la Ley las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

El artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994, inhabilita a quien haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos, antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa, a su cónyuge o compañero permanente, a sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, para prestar servicios a las comisiones de regulación o en la Superintendencia de Servicios Públicos.

¹⁰⁴ IBID, artículo 127.

¹⁰⁵ IBID, artículo 127.

Igualmente, no podrán ser empleados de las ESP quienes presten sus servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos o quienes lo hayan hecho antes de transcurrir un año de terminada su relación con estas entidades, tampoco sus cónyuges o parientes en los mismos grados.

Según el artículo 44.3. de la Ley 142, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco en los mismos grados de los anteriores artículos; no podrán poseer por sí o por interpuesta persona, más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella.

Si al momento de la elección de estos funcionarios, tenían tal participación en el capital de una ESP, cuentan con los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar los cargos para desprenderse de tal interés social, el cual podrá ser adquirido por la empresa.

Por último, de conformidad al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las ESP Mixtas estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal en la Ley 80 de 1993.

Entonces, a los empleados de las ESP Mixtas, les aplican las normas constitucionales sobre inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, además de las especiales contenidas en la Ley 142 de 1994 para los empleados de las ESP y aquellas inhabilidades e incompatibilidades para contratar que dispone la Ley 80 de 1993 en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

2.2.2. El caso de la junta directiva y el representante legal.

Considerando que las personas que conforman la junta directiva y el representante legal de las ESP Mixtas ejercen transitoriamente funciones públicas en los casos antes mencionados, tienen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades especial a nivel constitucional y legal.

En el primer nivel se encuentra el artículo 122 de la Constitución -modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2009-, de conformidad al cual es inhábil para desempeñar funciones públicas el servidor público que haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, por esta razón, en las ESP Mixtas no puede formar parte de la junta directiva o ser representante legal, ningún servidor público que previamente haya sido declarado culpable de un delito contra el patrimonio estatal.

Tampoco pueden ser miembros de la Junta Directiva de las entidades descentralizadas –caso de las ESP Mixtas- de cualquier nivel los congresistas, en virtud del artículo 180 numeral 3 de la Constitución.

En el nivel legal se encuentran las inhabilidades e incompatibilidades que la Ley 142 de 1994 dispone, así de conformidad al artículo 44.1 los Representantes Legales y los miembros de las Juntas Directivas de las ESP, *“salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones”*.

Respecto a la aplicación o no del estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de esta, contenido en el Decreto-

Ley 128 de 1976, la Corte Constitucional sentó su posición en la Sentencia C-736 de 2007.

El demandante del primer expediente acumulado, pidió se declarará la inexecutable del apartado subrayado a continuación del artículo primero del Decreto-Ley 128 de 1976, éste consagra que el mencionado estatuto les será aplicable a *“los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de (...) de las Sociedades de Economía Mixta en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos”*.

También demandó por inconstitucional el fragmento subrayado del artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que dispone la aplicación del Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen *“a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas (...) y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”*.

A juicio del demandante, considerando la calidad de servidores públicos, debe operar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Decreto-Ley 128 de 1976 a los representantes legales y a los miembros de las juntas o consejos directivos, quienes ejercen de manera transitoria funciones públicas y manejan el patrimonio de la SEM, el cual, sin importar el porcentaje de participación del capital estatal, está constituido con recursos públicos y debe ser administrado conforme a los principios de transparencia, moralidad, imparcialidad y buen gobierno del artículo 209 constitucional.

Además, esta norma excluye de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los representantes legales y a los miembros de las juntas o consejos directivos de las ESP Mixtas, pues el artículo 102 de la Ley 489 de 1998 sólo menciona a las empresas de servicios públicos oficiales.

Los demandantes del segundo expediente también consideraron inconstitucional la exclusión de las ESP Mixtas que hace el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, dado que sólo incluye en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las ESP Oficiales, dispensado un trato discriminatorio, considerando que ambas son empresas de servicios públicos, entidades descentralizadas, pertenecen a la estructura de la Administración y ellas manejan recursos públicos.

Para dar respuesta a estos cargos, la Corte Constitucional se preguntó si el régimen contenido en el Decreto Ley 128 de 1976, necesariamente debe ser aplicado en todas las ESP, sin atender al porcentaje de capital público presente en ellas; en este punto, recalcó que si en

El marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del 'principio de concurrencia' en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares (C.P. arts. 365 y 370), se tiene que un alto porcentaje de participación de capital público, incluso un porcentaje del cien por ciento (100%), bien puede ser utilizado como criterio para determinar la aplicación de dicho régimen¹⁰⁶.

¹⁰⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Apartado 6.2.3.

A juicio de la Corte Constitucional, bien hizo el legislador al establecer en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998 que el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas contenido en el Decreto-Ley 128 de 1976 sólo la aplica a las ESP que sean Oficiales, entonces el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas, contenido en el Decreto 128 de 1976, no se aplica a los servidores de las ESP Mixtas, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes.

Retomando, a los miembros de junta directiva les aplican las inhabilidades e incompatibilidades que la Constitución y la Ley señalan para quienes ejercen función pública o para los miembros de junta propiamente. En el caso del representante legal, por tratarse de un servidor público con régimen legal de trabajador particular, le rigen las disposiciones constitucionales sobre inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos y de quienes ejercen función pública y las disposiciones legales de los servidores de las ESP anteriormente enunciadas.

2.3. CONTROL Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El control disciplinario es uno de los tantos controles que tiene la Administración para verificar el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con la Constitución y la ley y especialmente, con los principios de la función pública.

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria es una categoría de responsabilidad en la que se sanciona al servidor público o al particular en ejercicio de funciones públicas que con su conducta infringe normas administrativas de carácter ético

destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración pública¹⁰⁷.

Respecto del control disciplinario, es menester aclarar que existen distintas formas de manifestarse dentro del ordenamiento jurídico: en la esfera pública, con el Derecho Administrativo o bien en el Derecho Privado, con su principal expresión en el derecho del laboral, de esta manera, el aspecto en el cual se manifieste dicho control y la manera en que lo haga, depende de una serie de principios y reglas que determinarán el ámbito de aplicación y la forma de manifestación del mismo.

Tras un proceso largo que implica una evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial, se ha llegado a la conclusión reiterada en varias sentencias de la Corte Constitucional, que el rasgo definitivo para establecer el ámbito de aplicación del control disciplinario radica en el ejercicio o no de *funciones públicas*. Este desarrollo jurisprudencial podría encuadrarse en tres momentos especiales, plasmados por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003.

Primer momento, Sentencia C-417 de 1993. En esta etapa, la Corte afirmaba que eran disciplinables *todos* los servidores públicos enunciados en el artículo 123 C.N. sin excepción y los particulares sólo cuando exista una relación de subordinación frente al Estado, de esta manera la Corporación adoptó un criterio subjetivo.

Segundo momento, Sentencia C-280 de 1996. La Corte adoptó un criterio material referente a los particulares de acuerdo con el ejercicio de función pública y el interés público inherente a ella, así lo que demarca la posibilidad de ser disciplinables es la naturaleza de las funciones que se ejerzan, que sean públicas

¹⁰⁷ Principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

y el interés general que éstas conllevan, no obstante, siguió aplicando el criterio subjetivo en lo referido a los servidores públicos.

Tercer momento. Actualidad, Sentencia C-037 de 2003. De la evolución jurisprudencial destacada, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, es el hecho que éste cumpla o no funciones públicas. Se llega precisamente a la conclusión que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas, sean éstos particulares o servidores públicos y que la responsabilidad se limita al ejercicio de las mismas.

Así, el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución, se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de *funciones públicas*, sean ellas ejercidas por servidores públicos (artículos 123 y 124 de la Constitución) o excepcionalmente por particulares (artículos 123, 116, 210, 267 de la Constitución).

Resulta entonces necesario recordar la noción de *función pública*. En nuestro ordenamiento jurídico está consagrada constitucionalmente la regla general que ésta es prestada por los servidores públicos, gracias a que es justamente lo que está a cargo del Estado. Por excepción un particular podría prestar función administrativa y sería sólo gracias a leyes generales, aunque en algunos casos la Constitución ha delegado esa función en particulares en virtud de la descentralización por colaboración.

Sobre el concepto *función pública*, la Corte Constitucional ha señalado que es entendida como “*el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus*

*diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines*¹⁰⁸, comprende también la determinación de las reglas básicas que rigen la relación de subordinación del servidor público con el Estado.

Mediante el ejercicio de la función pública, se satisfacen los intereses generales del Estado y de la comunidad misma, fin primordial del Estado Social de Derecho, es decir, son todas las reglas y principios que rigen las relaciones del Estado con sus servidores y con los particulares que a él se vinculan. Estas normas están referidas a las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros, así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario, prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella.

Así mismo, aclara la Corte Constitucional que solamente cuando en la prestación de un servicio público se haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción o expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple, en lo referido a dichas potestades, es ejercicio de función pública. En consecuencia, los empleados de una ESP Mixta no ejercen, por regla general, dichas funciones.

En cuanto al ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, se reitera que éste debe ser excepcional y gracias a la autorización que hace una ley general o la misma Constitución. El artículo 111 de la Ley 489, menciona cuáles son los requisitos para que las entidades o autoridades administrativas puedan conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, a saber: la expedición de un acto administrativo en el que se determinen las funciones específicas encomendadas, las calidades y requisitos que deben reunirse, las

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830 (8, agosto, 2001). M.P. Jaime Araujo Rentería. Referencia: expediente D-3368.

condiciones del ejercicio de las funciones, la forma de remuneración, la duración del encargo y las garantías que se deben prestar; También se debe realizar el convenio basado en el acto administrativo que fue expedido, en el cual conste la aceptación por parte del particular.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-866 de 1999, establece cuáles son las limitaciones que restringen la prestación de función pública por parte de los particulares:

El primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias¹⁰⁹.

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-866 (3, noviembre, 1999). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente D-2369.

En la Ley 734 de 1998, se desarrolla el régimen disciplinario constitucional, su artículo 25 consagra que *“son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código”*¹¹⁰, es decir, *“los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”*¹¹¹.

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2003, bajo el entendido de *“que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”*¹¹².

Una vez establecida la regla general para la determinación del sujeto disciplinable por medio de los procedimientos de la Ley 734 de 2002 y en general del Derecho Administrativo, se debe identificar cuál es el mecanismo de control disciplinario que permitiría establecer la responsabilidad disciplinaria de las personas a las que no les aplica el régimen disciplinario de la Ley 734 de 2002 que desarrolla la Constitución: los particulares que no están en ejercicio de función pública.

En estos casos, aplica el régimen general plasmado en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo complementan; así como las disposiciones que constan en los reglamentos internos de trabajo (RIT) adoptados por dichas

¹¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (13, febrero, 2002). Código Disciplinario Único. Diario Oficial. Bogotá: 2002. No. 44708. Artículo 25.

¹¹¹ IBID, artículo 53.

¹¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (28, enero, 2003). M.P. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D-3982.

empresas y que se ocupan de tipificar las conductas consideradas como faltas disciplinarias y las consecuencias que se siguen.

En el caso de los trabajadores particulares, el control disciplinario es eminentemente interno, puesto que es ejercido por el empleador o nominador y no implica la intervención externa del Estado, como en el caso de la Administración.

La finalidad del régimen disciplinario es mantener el orden en la empresa y evitar el incumplimiento por parte de los trabajadores sus obligaciones legales o contractuales, o la comisión de actos que turben el funcionamiento del establecimiento¹¹³.

El establecimiento del régimen o control disciplinario en la entidad no puede depender del arbitrio del empleador; tanto las normas, como los procedimientos y las sanciones deben constar en el RIT, pacto o convención colectiva o contrato laboral, es decir en las disposiciones que regulan la relación patrono-empleado (artículo 114 del Código Sustantivo del Trabajo). Entonces el principio al debido proceso del artículo 29 constitucional debe ser observado durante todo el trámite disciplinario.

Al respecto señala la Corte Constitucional en Sentencia T-497 de 2000:

Razón que hace indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que

¹¹³ ESPINOSA FACIOLINCE, Carlos. Lecciones de Derecho Laboral. Primera Edición. Bogotá: Temis, 2003.

garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente. Se hace referencia a unas reglas mínimas que deben estar contenidas en estos reglamentos, para denotar que existen una serie de materias o áreas, en las que el debido proceso está constituido por un mayor número de formalidades y procedimientos, que integran ese mínimo irreductible que debe ser observado, a fin de proteger derechos igualmente fundamentales¹¹⁴.

En conclusión, el proceso disciplinario del que es sujeto un trabajador particular, debe, al igual que en el caso del procedimiento administrativo, contar con unas normas que tipifiquen la conducta o falta disciplinaria, el procedimiento a seguir por la autoridad competente y las sanciones apropiadas de acuerdo a la gravedad del hecho.

El profesor David Suárez Tamayo¹¹⁵, advierte que sobre la aplicación del régimen disciplinario de los servidores públicos a los servidores de las ESP Mixtas se presentan tres posturas: existe una posición radical que excluye la aplicación de dicho régimen a los servidores de las ESP Mixtas, porque este tema se rige por lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo de conformidad al artículo 41 de la Ley 142 de 1994.

Una tesis intermedia es aceptar que se aplique el Derecho Disciplinario de los servidores públicos a aquellos servidores de las ESP que ejerzan función pública y su postura, igualmente radical, toma como tesis fundamental que prestar servicios públicos en Colombia es función pública¹¹⁶, en consecuencia, los servidores de las

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 497 (4, mayo, 2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente T-248637.

¹¹⁵ Entrevista con David Suárez Tamayo, profesor de la Universidad Eafit. Medellín, 5 de marzo del 2010.

¹¹⁶ Ver en: SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del Derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones y tendencias del Derecho administrativo. Tesis de Grado. Maestría en Derecho (modalidad investigativa). Medellín. Universidad de Antioquia. 2009. p. 162-187.

ESP Mixtas están sujetos a responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y en esta vía se puede concluir que igualmente incurren en responsabilidad penal.

Como se señaló anteriormente y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional actualmente dominante contenida en la sentencia C-736 de 2007, el legislador está facultado para determinar el régimen jurídico aplicable a los servidores y en el caso de los trabajadores de las ESP Mixtas y privadas, este decidió en leyes como las 142 de 1994, que fuera el régimen propio de los particulares, no obstante lo anterior, la Corte señaló teniendo en cuenta la Constitución¹¹⁷ y la ley¹¹⁸, que las personas que presten sus servicios en dichas empresas, ostentan la categoría constitucional de Servidores Públicos, con todos los efectos que se derivan; de esta manera, los empleados de las ESP Mixtas, tienen el régimen constitucional de los servidores públicos y el legal de los particulares.

Ahora bien, en consonancia con lo ya expresado, los trabajadores de las ESP Mixtas, a pesar de ser servidores públicos, se encuentran sometidos al régimen disciplinario de los trabajadores consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, porque el Legislador decidió en uso de su facultad de libre configuración determinar en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 que su régimen es el de los particulares. En consecuencia, por regla general no se les aplica la Ley 734 de 2003, salvo que ejerzan funciones públicas, caso en el cual serán disciplinados como particulares que en ejercicio de dichas funciones, cometen alguna falta disciplinaria de las allí consagradas¹¹⁹.

¹¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículos 115 y 150.7.

¹¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 (30, diciembre, 1998). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1998. No. 46464. Artículo 38.

¹¹⁹ Ver también: MORALES TÁMARA, Alberto. Los problemas de la responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, una propuesta de solución. Igualmente, CÁRDENAS URIBE, Julio César. La responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Ambos textos en: ATEORTÚA RÍOS, Carlos Alberto y CÁRDENAS URIBE, Julio César (compiladores). Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

2.4. CONTROL Y RESPONSABILIDAD FISCAL

El fiscal es otro de los controles con los que cuenta la Administración para garantizar la debida gestión de los recursos públicos de acuerdo con los principios de la función pública. El ejercicio de este control, es en sí mismo, la manifestación de una función administrativa mediante la cual se realiza una vigilancia de la forma como las entidades manejan los recursos públicos y debe ser desarrollado teniendo en cuenta principios tales como la eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales; adicionalmente debe ser posterior y selectivo, es decir, la evaluación se realiza en procesos ya ejecutados sobre los cuales es posible hacer una valoración de resultados y se selecciona una muestra representativa de las operaciones adelantadas por la entidad o empresa que maneja recursos del Estado.

Entonces, el control fiscal cuenta con dos campos de acción: en primera instancia tiene un sentido preventivo por medio de las auditorías, siendo selectivo y posterior; el segundo campo de acción es el sancionador, en caso que con la auditoría se encuentre algún menoscabo al patrimonio público¹²⁰.

El artículo 267 de la Constitución, señala que la Contraloría General de la República es el organismo competente para ejercer dicho control, quien vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares que manejen recursos o bienes de la Nación.

Ahora bien, como consecuencia de este control, surge la responsabilidad fiscal, que recae sobre los servidores públicos y los particulares cuando en el ejercicio de

¹²⁰ COLOMBIA, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Control fiscal, micro, definición. (Citado 27 abril 2010). <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/definicion-control-fiscal-micro>.

la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causan por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

La Ley 610 de 2000, consagra el proceso que debe seguirse a estos sujetos, consistente en el conjunto de actuaciones administrativas realizadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer su responsabilidad.

En consecuencia, el control fiscal se ejerce sobre la entidad, pero la responsabilidad fiscal recae sobre los individuos que laboran en ella y que manejan los recursos públicos.

En el caso de las ESP Mixtas debe establecerse si pueden ser sometidas a control fiscal y de ser así, si la responsabilidad de sus empleados es en calidad de servidores públicos o de particulares que administran recursos públicos.

De conformidad al Art. 2 de la Ley 42 de 1993, son sujetos de control fiscal:

Los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

El artículo anteriormente citado, señala que ha de entenderse por “administración nacional” para el mismo; pero es fundamental analizar cuál es el alcance de esta aclaración.

Se debe tener en cuenta que la Ley 42 desarrolló el artículo 267 de la Constitución, el cual se refiere propiamente a la administración, adicionalmente, la Ley 489 de 1998 que estableció la estructura de la Administración, fue posterior a la Ley 42 de 1993 y en consecuencia la segunda es la que determina que entidades conforman la Administración.

Como ya fue antes demostrado, las Empresas de Servicios Públicos Mixtas hacen parte de ella. De esta manera, se concluye que el control fiscal recae sobre las ESP Mixtas en calidad de entidad perteneciente a la Administración pública.

En sentencia C-065 de 1997, la Corte Constitucional delimita el ámbito de competencia del control fiscal por parte de la contralorías sobre sociedades de conformación mixta, afirmando que para el ejercicio del control fiscal, el Estado *participa* de una sociedad o en general de una persona jurídica cuando hace parte de la misma, esto es, cuando entrega bienes que lo hacen titular de acciones, las cuales permiten el ejercicio de todos los derechos inherentes a la categoría de socio o accionista (participar en la toma de decisiones, participar de las utilidades, etc.).

A diferencia del caso anterior, el Estado hace *aportes* cuando en desarrollo de actividades de fomento o asimiladas, entrega bienes o recursos a los particulares con el fin que cumplan funciones de interés estatal, esta entrega de bienes o recursos no le otorgan el derecho a participar del patrimonio o del capital social de la personas que desde ese momento los administran.

La Ley 142 de 1994, por su parte, consagra la facultad de la Contraloría para vigilar y juzgar fiscalmente a dichas empresas, empero siempre limitada a los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal.

De esta manera, cuando el control fiscal se ejerce sobre los aportes estatales, éste sólo interviene en la entrega de los bienes del mismo y la responsabilidad llega hasta explicar la destinación o utilización que se ha tenido de los mismos, por el contrario, cuando los bienes del Estado se han entregado (o aportado) en condiciones de participación, el control fiscal debe indagar no sólo por la destinación de esos recursos, sino además sobre los derechos que el aporte da sobre el patrimonio de la sociedad y los dividendos que pueden corresponderle. Entonces esta última es la forma en que se ejerce el control fiscal sobre las ESP Mixtas.

Ahora bien, ¿en qué calidad pueden responder fiscalmente los trabajadores de ESP Mixta? De conformidad a lo antes afirmado, los servidores de las ESP Mixtas tienen un régimen constitucional de servidores públicos y un régimen legal de trabajadores particulares reglados por el Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, los servidores de las ESP Mixtas, serían servidores públicos para efectos de la responsabilidad fiscal si existiera una norma constitucional que así lo consagrará; sin embargo, como dicha consagración es legal, se tiene que los servidores de las ESP Mixtas son tomados como particulares para efectos de responsabilidad fiscal, pero responderían como particulares que manejan recursos públicos cuando esto suceda¹²¹.

¹²¹ Sobre este tema: AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Aspectos conceptuales en torno al control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. En: ATEORTÚA RÍOS, Carlos Alberto y CÁRDENAS URIBE, Julio César (compiladores). Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 183-200.

2.5. RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 20 del actual Código Penal, Ley 559 de 2000, considera para todos sus efectos a los empleados de las entidades descentralizadas como servidores públicos. Como tales son sujetos activos de los delitos contra la Administración pública, consagrados en el título XV del Código Penal.

Se ha sostenido en este trabajo que los empleados de las ESP Mixtas son servidores públicos para efectos constitucionales y que su régimen legal es el de los particulares, contenido en el Código Sustantivo del Trabajo. La responsabilidad penal es regulada íntegramente por el Código Penal y como allí se considera a los empleados de las entidades descentralizadas –calidad que ostentan las ESP Mixtas- como servidores públicos para efecto de atribuirles la referida responsabilidad, debe entenderse que estos deben responder penalmente por delitos contra la Administración pública, gracias a que el Legislador lo consagró como una consecuencia de laborar para una entidad descentralizada.

La Sentencia del 5 de noviembre de 2008, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ejemplifica la obligatoriedad de la aplicación de los principios de la función pública en la contratación de las ESP y la responsabilidad penal de los servidores de las ESP oficiales.

Esta Sentencia resolvió el recurso extraordinario de casación promovido por Clara Luz Jaramillo Henao, ex gerente de las Empresas Públicas de Armenia (ESP Oficial), contra la sentencia de segunda instancia que confirmó el primer fallo que la condenó como autora responsable de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal).

La Corte Suprema de Justicia retoma la Sentencia C-066 del 11 del febrero de 1997 de la Corte Constitucional, para afirmar que los contratos estatales celebrados por las ESP a pesar de regirse por Derecho Privado deben sujetarse a los principios que orientan la función pública. En tal sentido, *“los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”*¹²²

En consecuencia los empleados de las ESP Mixtas podrían incurrir en peculado por apropiación, por uso, por aplicación o culposo, concusión, cohecho propio o impropio, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades o incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹²³, entre otros.

¹²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia (5, noviembre, 2008). M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Referencia: 25104.

¹²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Código Penal. Diario Oficial. Bogotá: 2000. No. 44097. Artículos 397, 398, 399, 400, 404, 405, 406, 408, 409, 410.

3. JURISDICCIÓN DE CONOCIMIENTO DE LAS ESP MIXTAS

“La Jurisdicción es esencialmente única y por ende no admite divisiones ni clasificaciones y cuando ellas se introducen su resultado ya es la competencia”¹²⁴.

La Jurisdicción es considerada por la Teoría General del Proceso, como la manifestación del poder soberano que ostenta el Estado para resolver con autoridad de cosa juzgada, los conflictos intersubjetivos de intereses que a su conocimiento llevan los ciudadanos. En otras palabras, la Jurisdicción del Estado es una sola desde el punto de vista ontológico, entendida como la soberanía de éste aplicada a la función de administrar justicia, delegada en los jueces de la República.

No obstante, por motivos de carácter funcional, la ley ha establecido algunas jurisdicciones especializadas por la materia, para permitir la organización del trabajo jurisdiccional -Jurisdicción Ordinaria, Constitucional y Contencioso Administrativa-. Sin embargo, siguiendo la lógica de la Teoría General, esas “Jurisdicciones” son más bien factores de competencia -generales- en consideración de las materia o asuntos que se resuelven y no distintas Jurisdicciones, debido a que ésta es sólo una.

Así, cuando se hace referencia a los conflictos de Jurisdicción o a la falta de Jurisdicción como excepción previa en el proceso, en realidad se está hablando del factor de competencia por la materia, pero desde un punto de vista mucho más

¹²⁴ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Temis. 2000. p. 168.

amplio. En todo caso, para los efectos de este trabajo de grado, se aceptará la noción de “Jurisdicción” en el sentido de competencias generales.

En este capítulo se evidencia como la falta de claridad y consistencia en la jurisprudencia respecto a la naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable de las ESP Mixtas, ha generado un panorama confuso y controversial en la práctica judicial para determinar la Jurisdicción de conocimiento de los conflictos en que son parte estas entidades.

3.1. DESARROLLO LEGAL DE LA DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El texto original del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, Decreto primero de 1984, señalaba que el objeto de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo era *“juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas (...)”*.

Este artículo fue subrogado por el Decreto 2304 de 1989, señalando que el objeto de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativa sería *“juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas (...)”*.

Se tiene entonces que este artículo amplió el objeto de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativa, pues no limitó su juzgamiento a las controversias que tengan origen en los actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas; la extiende a todas las

actividades desempeñadas por entidades públicas y entidades privadas que desempeñen funciones de la Administración.

En 1994 con la Ley 142, se crearon las ESP Mixtas como sociedades por acciones con participación estatal igual o superior al 50% de su composición accionaria y como se dejó claro, tal norma no esclareció su naturaleza pública o privada y en consecuencia, la jurisprudencia tuvo la tendencia a señalar que éstas eran privadas bien por su participación de capital privado o bien por su régimen de contratación privado; de esta manera, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocía de los actos de las ESP Mixtas en tanto desempeñaban funciones administrativas, cuando usaban el espacio público, ocupaban temporalmente inmuebles o constituían servidumbres, de conformidad al artículo 56 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

La ley 142 de 1994, determinó la competencia para conocer de los asuntos en que eran parte las ESP de manera concreta en tres casos: el primero, cuando los contratos involucran cláusulas exorbitantes –terminación, modificación, interpretación y liquidación unilateral, caducidad y reversión- estos se rigen por el Estatuto de la Contratación Pública y por lo tanto, las controversias suscitadas en la ejecución de contratos que involucren tales cláusulas, deben ser resueltas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En segundo lugar, cuando se trata de cobro ejecutivo de facturas de servicios públicos domiciliarios, el competente es el Juez Ordinario. Por último, cuando quienes prestan servicios públicos usen el espacio público, ocupen temporalmente de inmuebles o promuevan la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio; están sujetos al control de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

Posteriormente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, fue modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, según el cual: “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...)”.

Hacia 1998 la discusión sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas se había tornado más controversial, pues se consolidó la tendencia en el Consejo de Estado de considerarlas entidades públicas en tanto las confundía con Sociedades de Economía Mixta y con posterioridad a la Ley 489 del mismo año, las incluyó en la estructura de la Administración.

Con esta modificación, el criterio material se volvió determinante para definir la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En algunas ocasiones las ESP Mixtas eran consideradas entidades públicas o bien entidades privadas que cumplían las funciones del Estado - cual es la prestación de un servicio público como se establece en el artículo 365 constitucional- y en ambos sentidos la Jurisdicción Contencioso Administrativa se abrogó la competencia para conocer de los litigios en que fueran parte.

Sin embargo, dependiendo del juez que conociera del litigio, citaba una Sentencia del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional en que se afirmara la naturaleza privada o pública de la entidad, bien para conocer del proceso, para declararse incompetente o mediante una excepción previa la parte alegaba la falta de jurisdicción y el proceso era remitido de una Jurisdicción a otra.

Actualmente la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la determina el artículo primero de la Ley 1107 de 2006, que derogó el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedando el artículo 82 del Código Contencioso

Administrativo así: *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...)”*.

El párrafo del artículo segundo de la Ley 1107 de 2006, aclaró que se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.

La Ley 1107, resultó no ser útil para poner fin a la duda del juez competente para conocer de los litigios en que era parte una ESP Mixta¹²⁵, pues como posteriormente fue aclarado en la Sentencia C-736 de 2007, las ESP Mixtas no son sociedades de economía mixta y continuaba el debate sobre la naturaleza pública o privada de las ESP Mixtas, con la finalidad de establecer por el criterio orgánico, la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los litigios en que fuera parte una ESP Mixta.

De acuerdo a la conclusión de este trabajo de grado, tras analizar la normatividad y jurisprudencia vigente, una ESP Mixta es una entidad descentralizada por servicios perteneciente a la Rama ejecutiva del Poder Público, con una naturaleza jurídica pública que algunas veces recibirá el nombre de entidad pública, de entidad de Derecho Público, de entidad estatal, de entidad descentralizada, de entidad perteneciente a la estructura de la Administración o de entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

¹²⁵ La plenaria de la Cámara de Representantes, en el último debate del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1107 del 2006, señaló que el problema de los servicios públicos domiciliarios era el objeto del proyecto de Ley, véase: GIL BOTERO, Enrique. El Juez de los operadores estatales de los servicios públicos domiciliarios. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3, p. 63.

De esta manera, se afirma que la Ley 1107 de 2006, adjudicó de manera general la competencia a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, para conocer los procesos en que es parte una ESP Mixta.

También se deben tener en cuenta algunas disposiciones especiales, entre ellas, que las ESP Mixtas son sujetos pasivos de las acciones populares, conforme a lo expresado en los artículos 9 y 14 de la Ley 472 de 1994; acciones que debe resolver la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme al artículo 15 de la misma ley.

Igualmente las ESP Mixtas serán –entre otras entidades- sujetos pasivos de las acciones de grupo como entidades públicas; la Jurisdicción competente para conocer de tales acciones será la Contencioso Administrativa, de conformidad al artículo 50 de la Ley 472 de 1994.

La Jurisdicción que debe conocer los litigios en que las ESP Mixtas son parte procesal, es determinada por la cláusula general de competencias que implementa un criterio orgánico, consagrada en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo primero de la Ley 1107 de 2006; sin embargo, hay excepciones en que la competencia se asigna conforme a la naturaleza del asunto sobre el que versa el litigio, aplicando un criterio material.

3.2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS PROCESOS EN QUE ES PARTE UNA ESP MIXTA

El Consejo de Estado sintetiza las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa después de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, en el

Auto de febrero 8 de 2007 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Este Auto, revocó aquel por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la nulidad procesal de todo lo actuado por falta de jurisdicción en el proceso que resolvía una acción de nulidad y restablecimiento del derecho por una adjudicación irregular de la licitación pública, cuyo objeto era la operación del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Rionegro.

En este proceso, el demandante era Unión Temporal “Aguas de la Montaña” y el demandado era Sociedad Aguas de Rionegro SA. ESP. En la Sentencia, para el Consejo de Estado, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para:

i) (...) Conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo

En consecuencia, en cuanto tiene que ver con las entidades y empresas prestadoras de SPD, quedaron derogados, parcialmente, los arts. 132.5 y 134B.5 del CCA. –reformados por la ley 446 de 1998-, los cuales disponían –se resalta lo derogado- que:

(...) "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes *y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio*, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

(...) "Artículo 134B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, *y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio*, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Dado que la nueva ley extiende la competencia a toda clase de entidades, sin consideración a la función que ejercen ni al objeto de los contratos, entonces la segunda parte del numeral 5, resaltado en negrilla, quedó derogada por la nueva ley, porque no pueden subsistir, al menos en los aspectos a que se refiere la ley, criterios materiales y criterios orgánicos, sin excluirse.

ii) Debe conocer de las controversias y litigios de responsabilidad extracontractual, en los que sea parte una entidad pública, sin importar el tipo de órgano, ni la función que ejerza, basta con que se trate de una entidad pública, con la excepción del numeral siguiente.

iii) Las materias a que se refieren los numerales anteriores, las juzga esta jurisdicción, inclusive, tratándose de sociedades donde el Estado posea un capital superior al 50%. Si el capital público es igual o inferior a este porcentaje, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

iv) En materia laboral, esta jurisdicción sigue conociendo de los asuntos que tenía asignados, excepto los previstos en la ley 712 de 2001, la cual continúa vigente, en los términos del párrafo del art. 2 de la ley 1.107 de 2006.

v) También debe conocer de las controversias y litigios de las personas privadas "... que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado" –art. 1, ley 1.107 de 2006-, incluidas las contrataciones de las empresas privadas de SPD, donde se pacten y/o ejerciten los poderes exorbitantes –art. 31 ley 142, modificado por la ley 689 de

2001-, y las materias a que se refiere el art. 33 de la misma ley.

vi) Esta jurisdicción no conoce, sin embargo, de los procesos de ejecución que reúnan las características descritas, salvo los que están asignados por normas especiales –ejecutivos contractuales (art. 75, ley 80) y de sentencias dictadas por esta jurisdicción (art. 132.7 del CCA)-, que prevalecen sobre las disposiciones generales.

Este tipo de procedimiento no es de conocimiento de esta jurisdicción, porque la ley 1.107 dispone que ésta juzga “... las controversias y litigios...” de las entidades públicas y, técnicamente hablando, los procesos ejecutivos no constituyen controversia ni litigio, luego no hacen parte de esta jurisdicción. Se repite, excepto en los dos temas a que se refiere el párrafo anterior¹²⁶.

Se puede ver que el criterio usado por el Consejo de Estado para definir la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa es el criterio orgánico. Así, el Consejo de Estado se abrogó la competencia para conocer los litigios en que sea parte un ESP Mixta, pues la tendencia de esta Corporación es considerar este tipo de entidades como entidades estatales, públicas, descentralizadas, pertenecientes a la estructura de la Administración.

Por esta razón, el Auto anteriormente citado toma como premisa la Sentencia de marzo 2 de 2006 de la misma Sección del Consejo de Estado¹²⁷, en la cual se señala que las ESP Mixtas son entidades públicas, bien porque son Sociedades de Economía Mixta o por tratarse de las entidades referidas en el artículo 38 literal g ó en el 68 de la Ley 489 de 1998.

¹²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto (8, febrero, 2007). C.P. Enrique Gil Botero. Referencia: 30903. Apartado 2.2.

¹²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703.

De acuerdo con el Consejo de Estado, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales, aquellos de responsabilidad extracontractual, de los procesos ejecutivos contractuales (artículo 75 de la Ley 80 de 1993) y de sentencias dictadas por esa jurisdicción (artículo 132.7 del Código Contencioso Administrativo) en procesos que haya sido parte una ESP Mixta.

Los asuntos laborales y sindicales que atañen a una ESP Mixta serán conocidos por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, según lo dispuesto en la Ley 712 de 2001 y lo referido al cobro de facturas de servicios públicos igualmente será resuelto por la Jurisdicción Ordinaria.

Esta posición fue ratificada en la Sentencia de diciembre 12 de 2007¹²⁸.

El Consejero de Estado, Enrique Gil, llama la atención sobre el juez competente para conocer los procesos de expropiación, deslinde y amojonamiento, imposición de servidumbres y restitución de bienes inmuebles en que es parte una ESP Mixta; debido a que son procedimientos especiales consagrados en el Código de Procedimiento Civil y en el caso de los procesos de expropiación, deben ser conocidos por los jueces civiles de circuito en primera instancia, de conformidad con el numeral 4 del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil –modificado por el artículo 6 de la Ley 794 de 2003-. Sin embargo, cuando es parte en el conflicto una ESP Mixta de conformidad con la Ley 1107 de 2006 sería competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Para el Consejero, citando el auto del 17 de abril del 2008 del Consejo de Estado, *“no existen dudas que, entonces, en la legislación nacional, de que la expropiación judicial disciplinada por las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, en lo atinente al trámite*

¹²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (12, diciembre, 2007). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 33645. Apartado II.

judicial, es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria y más específicamente de los jueces civiles de circuito (...)”.

Esto fundado en que:

Si bien el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, introduce un criterio orgánico, según el cual, basta identificar que en una controversia, haga parte una entidad pública, para que el conocimiento de la misma, sea de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; esto de ninguna manera significa, una derogatoria de las normas relativas a la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales, toda vez que estas son disposiciones también vigentes, que deben en la medida de lo posible ser interpretadas conforme al artículo 82 del CCA, pero que, la falta de técnica legislativa, nos presenta hoy un escenario, en que muchas de estas detentan una lógica material, antes que orgánica, aunque ésta última sea la de la cláusula general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, contenida en el mencionado artículo 82¹²⁹.

Al respecto, la posición de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, parece ir en la misma línea, dado que en Auto de julio 3 de 2008, revocó aquel del 6 de diciembre de 2007, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que declaró la nulidad de lo actuado desde la admisión de la demanda, en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el señor Publio Armando Orjuela inició en contra del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para que se declararan nulas una serie de Resoluciones que culminaron con una orden de expropiación por vía judicial.

¹²⁹ GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 63.

En el referido Auto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, consideró que los procesos de expropiación por vía judicial deben ser conocidos por los Jueces Civiles del Circuito, por esto *“se encontraba en presencia de la causal de nulidad prevista en el numeral 1° del artículo 140 del Código Procedimiento Civil, aplicable por remisión al proceso contencioso administrativo por mandato del artículo 267 del C.C.A.”*¹³⁰, a saber, falta de jurisdicción.

El actor apela dicha providencia aduciendo que hizo bien en solicitar a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que se pronunciara sobre la legalidad del acto administrativo que ordenó la expropiación, pues de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del CCA, es la Jurisdicción que debía conocer el asunto.

El Consejo de Estado analizó las dos clases de expropiación -la judicial y la administrativa- que establece el artículo 58 de la Constitución. Señaló que la expropiación judicial es la *“regla general, y se presenta como consecuencia del fracaso de la etapa de negociación voluntaria, sea porque el propietario se niegue a negociar, o porque guarde silencio, o porque no cumpla con el negocio (Artículo 20 Ley 9ª de 1989)”*.

Se lleva a cabo por medio de una resolución que admite recurso de reposición. En firme esta resolución, la Administración demanda ante la jurisdicción civil al propietario para que entregue el inmueble, por medio del proceso especial de expropiación, contenido en la Ley 9ª de 1989, Ley 388 de 1997 y Código de Procedimiento Civil¹³¹.

¹³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Auto (3, julio, 2008). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Referencia: 25000-23-24-000-2004-90065-03.

¹³¹ IBID.

Igualmente la expropiación administrativa

Se presenta luego de fracasada la negociación entre la Administración y el propietario, pero es excepcional en la medida que es necesario que se configure una emergencia imprevista, en cuyo caso la ley autoriza la declaración de urgencia para adquirir el predio mediante el trámite de expropiación administrativa, es decir, solo procederá cuando la destinación del bien expropiado sea para alguno de los fines previstos expresamente en la ley (artículo 63 Ley 388 de 1997), previa declaratoria de urgencia cuyas causales también están expresamente delimitadas en la Ley (artículo 65, *ibídem*)¹³².

Por esta razón, la Sala consideró que el acto por medio del cual se ordenó la expropiación judicial, *“es un acto administrativo, susceptible de control por parte de esta Jurisdicción, por cuanto es notificado conforme a las normas del Código Contencioso Administrativo, es una manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos frente al administrado y pone fin a la etapa de negociación voluntaria”*¹³³, revocando entonces el Auto apelado.

Los procesos de expropiación judicial se surtirán ante la jurisdicción Ordinaria, pero el análisis sobre la legalidad de los actos y la responsabilidad por acción u omisión en el uso de derechos y prerrogativas que la Ley 142 de 1994, le confiere a los prestadores de servicios públicos para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del

¹³² IBID.

¹³³ IBID.

servicio, estarán sujetos al control de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, de conformidad al artículo 33 de la misma ley¹³⁴.

Para concluir este capítulo, el siguiente cuadro esquematiza la Jurisdicción que debe conocer de los diferentes asuntos en que es parte una ESP Mixta:

Tabla 2. Jurisdicción de conocimiento de los procesos en que es parte una ESP Mixta.

Asunto de controversia o litigio en que es parte una ESP Mixta	Jurisdicción Ordinaria	Jurisdicción Contencioso Administrativa	Norma
Precontractuales		X	Código Contencioso Administrativo, artículo 82
Contractuales		X	Código Contencioso Administrativo, artículo 82
Extracontractuales		X	Código Contencioso Administrativo, artículo 82
Procesos ejecutivos contractuales		X	Ley 80 de 1993, artículo 75

¹³⁴ Sobre la jurisdicción de conocimiento de las ESP Mixtas ver también: SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del Derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones y tendencias del Derecho administrativo. Tesis de Grado. Maestría en Derecho (modalidad investigativa). Medellín. Universidad de Antioquia. 2009. p. 135-157.

Procesos ejecutivos de sentencias dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa		X	Código Contencioso Administrativo, artículo 132.7
Los asuntos laborales y sindicales	X		Ley 142 de 1994, artículo 41 – Ley 712 de 2001 - Ley 1107 de 2006, artículo segundo
Cobro de facturas de servicios públicos	X		Ley 142 de 1994, artículo 130 – Ley 1107 de 2006, artículo segundo
Acciones populares y de las acciones de grupo		X	Ley 472 de 1994, artículos 15 y 50
Procesos de expropiación judicial, deslinde y amojonamiento, imposición de servidumbres y restitución de bienes inmuebles	X		Código de Procedimiento Civil, artículo 16 numeral 4
Control de legalidad		x	Ley 142 de 1994,

sobre los actos en que la ESP Mixta emplee las prerrogativas para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio			Artículo 33
---	--	--	-------------

4. CONCLUSIONES

La naturaleza jurídica de las ESP Mixtas es pública, debido a que son entidades descentralizadas por servicios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y son entidades estatales. Sus empleados son servidores públicos, pese a que su régimen es el de los trabajadores particulares.

En consecuencia, la relación enunciada entre la naturaleza jurídica y el régimen jurídico de las ESP Mixtas, es necesaria en cuanto al régimen constitucional de sus servidores y en materia de responsabilidad penal (que hace parte de su régimen legal), debido a que ambas son determinadas por su naturaleza de entidad descentralizada por servicios; en lo referido al régimen legal, en el caso de la responsabilidad disciplinaria y fiscal, no hay relación entre la naturaleza jurídica pública y régimen jurídico de las ESP Mixtas, debido a que ambas responsabilidades fueron fijadas al arbitrio del legislador como la de los particulares.

Los litigios en que son parte las ESP Mixtas son conocidos por la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, por regla general, en virtud de la naturaleza jurídica pública de estas entidades; salvo los procesos que versan sobre asuntos laborales y sindicales, cobro de facturas de servicios públicos, procesos de expropiación judicial, deslinde y amojonamiento, imposición de servidumbres y restitución de bienes inmuebles, los cuales son conocidos por la Jurisdicción Ordinaria debido a la materia del conflicto.

De esta manera, la relación entre la naturaleza jurídica pública de las ESP Mixtas y la jurisdicción de conocimiento es necesaria por regla general, pero no se presenta en las excepciones antes mencionadas.

BIBLIOGRAFIA

Artículo de revista:

ATEHORTÚA, Carlos Alberto. La Sentencia C-736 de 2007, en el contexto de la doctrina constitucional. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

GIL BOTERO, Enrique. El Juez de los operadores estatales de los servicios públicos domiciliarios. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

HERNÁNDEZ, Alier. La naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios conforme a la Sentencia C-736-07. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

ORDOÑEZ, Alejandro. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos, ¿servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas?. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Letras jurídicas EPM. 2, septiembre, 2008, Vol. 13.

SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Deloitte Series. De energía y servicios públicos. Junio, 2008, N° 3.

Decretos:

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 1 (19, enero, 1984). Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá: 1984. No. 36439.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 1525 (9, mayo, 2008). Por el cual se dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial. Diario Oficial. Bogotá: 2008. No. 46984.

Conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 354 (14, abril, 2009).

COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 310 (26, marzo, 2009).

Entrevistas:

Entrevista con Carlos Alberto Atehortúa, asesor y consultor del sector en servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones y docente investigador en Derecho Económico en la Universidad Externado de Colombia. Medellín, 4 de diciembre de 2009.

Entrevista con Alberto Montaña Plata, Profesor investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 19 de noviembre de 2009.

Entrevista con David Suárez Tamayo, profesor de la Universidad Eafit. Medellín, 5 de marzo del 2010.

Jurisprudencia:

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (10, septiembre, 1998). C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Referencia: 1141.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto (28, enero, 1999). C.P. Javier Henao Hidrón. Referencia: 1171.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (1, agosto, 2002). C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Referencia: 21041.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia (24, agosto, 2005). C.P. Nohemi Hernandez Pinzon. Referencia: 3229-3230.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección quinta. Sentencia (17, noviembre, 2005). C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Referencia: 3.713.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (2, marzo, 2006). C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Referencia: 29703.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto (8, febrero, 2007). C.P. Enrique Gil Botero. Referencia: 30903.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (12, diciembre, 2007). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 33645.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Auto (3, julio, 2008). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Referencia: 25000-23-24-000-2004-90065-03.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia (3, diciembre, 2008). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: 34745.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 (28, abril, 1994). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-435.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-866 (3, noviembre, 1999). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente D-2369.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 497 (4, mayo, 2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente T-248637.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830 (8, agosto, 2001). M.P. Jaime Araujo Rentería. Referencia: expediente D-3368.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-3374.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-290 (23, abril, 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-3740.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (28, enero, 2003). M.P. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D-3982.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1212 (3, diciembre, 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-884589.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Auto 113 (29, marzo, 2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente I.C.C. 993.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 31 (7, febrero, 2007). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente I.C.C. -1071.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-910 (31, octubre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente D-6784.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto (23, enero, 2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente ICC-1175.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia (5, noviembre, 2008). M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Referencia: 25104.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia (17, febrero, 2009). M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Referencia: 29460.

Leyes:

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1994. No. 41433.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 (30, diciembre, 1998). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial. Bogotá: 1998. No. 46464. Artículo 38.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Código Penal. Diario Oficial. Bogotá: 2000. No. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (13, febrero, 2002). Código Disciplinario Único. Diario Oficial. Bogotá: 2002. No. 44708.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1107 (27, diciembre, 2006). Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998. Diario Oficial. Bogotá: 2006. No. 46494.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá: 2007. No. 46691.

Libros:

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios, Legislación y Jurisprudencia. Segunda edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

ATEORTÚA RÍOS, Carlos Alberto y CÁRDENAS URIBE, Julio César (compiladores). Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Versión al Español de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1926.

ESPINOSA FACIOLINCE, Carlos. Lecciones de Derecho Laboral. Primera Edición. Bogota: Temis, 2003.

MACHO, Luis Miguel. Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios. Cedecs, 2004

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Temis. 2000. p. 168.

Páginas de Internet:

COLOMBIA, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Control fiscal, micro, definición. (Citado 27 abril 2010). <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/definicion-control-fiscal-micro>.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Usando diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición (Online): "naturaleza" (Citada: 27 abril 2010). <http://www.rae.es/rae.html>.

Tesis:

SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del Derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones y tendencias del Derecho administrativo. Tesis de Grado. Maestría en Derecho (modalidad investigativa). Medellín. Universidad de Antioquia. 2009.