

“EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE CARÁCTER OFICIAL”

JUAN GABRIEL ROJAS LÓPEZ*

Sumario: Introducción. 1. Servicios públicos domiciliarios. 2. Empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios. 3. Régimen contractual y jurídico.

Palabras clave: Servicio Público, actividad económica, servicio universal, empresa de servicios públicos, régimen jurídico, contratación, juez competente.

Resumen

El Régimen jurídico que regula la prestación de los servicios públicos, específicamente los servicios públicos domiciliarios, ha variado sustancialmente, desde que la clásica noción de servicio público comenzó a entrar en crisis, debido a las transformaciones sociales, políticas y, especialmente, económicas del entorno internacional, hasta la actualidad, en la que la actividad de servicio público es considerada como una actividad económica de gran trascendencia social.

Colombia, no ajena a esta nueva realidad internacional, ajustó su ordenamiento jurídico desde la propia Constitución Política, creando un escenario jurídico acorde con los requerimientos del mercado, para garantizar, con ello, la posibilidad de libre competencia económica entre los operadores públicos y privados.

En este contexto, es en el que las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos, han sido dotadas de un régimen contractual que les permite competir con los operadores privados, y afrontar los nuevos retos sociales y económicos de un mundo globalizado.

* Abogado Universidad Autónoma Latinoamericana. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público – Administrativo, Unaula. Profesor universitario. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Introducción

Mucho tiempo ha transcurrido desde que los maestros de la Escuela de Burdeos¹ comenzaron a reflexionar sobre el concepto y la justificación de la actividad de servicio público. Desde entonces, la concepción original del servicio público ha sufrido importantes transformaciones, hasta el punto que en la actualidad no es necesaria la participación de la administración pública en la prestación de tales servicios, al menos en calidad de prestadora del servicio.

En un principio, tal como lo anotaba Jèze, se entendía que la administración pública tenía como “principal misión hacer funcionar los servicios públicos”², de lo que se derivaba no sólo el hecho de que el derecho propio de la administración pública, el derecho administrativo, se considerara como el “conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”³, sino que, cuando la “administración pública gestionara servicios públicos, estaría sometida al derecho administrativo con independencia de que en tal gestión se actuara con autoridad o sin ella”⁴.

Sin embargo, como lo observa Montaña Plata, la noción de servicio público entró en crisis, debido, principalmente, a algunos factores, como “el nacimiento de un sector considerado como

*tal, que obedecía a estrictos presupuestos económicos y en consecuencia asimilable a la actividad desarrollada por los particulares; la consiguiente inserción de normas pertenecientes al derecho común para regular éstas y otras situaciones relacionadas con el concepto; la aparición del particular como prestador de servicios públicos y la respectiva revalorización de diferentes medios de gestión distintos a la prestación directa (pública) y la concesión”*⁵; por esto, la “crisis” sentó las bases para el replanteamiento de la noción de servicio público no vinculada necesariamente a la actividad de la administración, aspecto evidenciado con la ola de privatizaciones que se empezaron a generar en el segundo tercio del siglo pasado.

Hoy en día, el tema de los servicios públicos no se aborda estrictamente desde la perspectiva de la administración pública, como ocurría en aquel entonces bajo el predominio del criterio de la *école du service public*; por el contrario, se considera la actividad de servicio público como una de las más importantes actividades económicas, modificación que se ha presentado como consecuencia de los profundos cambios en el proceso económico internacional y las transformaciones sociales ocurridas durante el último siglo, que han motivado a que en Europa, por ejemplo, se hable actualmente de que el servicio público ha terminado su ciclo⁶, para dar paso a un nuevo concepto, el de servicio universal.

¹ Así fue denominada la producción doctrinaria de los juristas Duguít, Jèze, Bonard y Roland, también conocida en derecho francés como la Escuela de los Servicios Públicos.

² JÈZE GASTON. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Traducción de la 3 ed., francesa. T.I, Buenos Aires, De Palma, 1948, p. XXIX.

³ *Ibid.*, p.1

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, 11 ed., t.I, Madrid, Cívitas, 2002, p. 52, 53.

⁵ MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El Concepto del Servicio Público en el Derecho Administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 146.

⁶ ARIÑO ORTIZ, GASPAS. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 585.

Por lo pronto, en Colombia la Constitución del 91, no ajena a ese nuevo contexto económico internacional, consagró una estructural modificación en torno al tema de los servicios públicos, ya que estableció que el Estado sería en adelante un garante⁷ de su prestación, mas no necesariamente un prestador, como ocurría con anterioridad, lo que abrió la puerta para el ingreso del sector privado al desarrollo de esta “nueva” actividad económica, en un escenario constitucional favorable para el ejercicio de la libre competencia económica⁸.

En este contexto se analizará una de las facetas más importantes de los servicios públicos, como es la relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que, indubitadamente, se ha constituido en una de las actividades más importantes para la sociedad de nuestros días, no sólo por los evidentes beneficios que desde el punto de vista social representa al satisfacer esas necesidades mínimas que se requieren para sobrevivir en el mundo contemporáneo, sino porque desde la perspectiva económica constituyen uno de los eslabones más importantes del sistema económico.

Específicamente, se abordará el tema del régimen contractual de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, ya que en él se evidencia la filosofía orientadora de la nueva dimensión del servicio público en el contexto económico, tal como se describió sucintamente en los párrafos precedentes, y que, necesariamente, debe ser comprendida, a efectos de lograr la correcta aplicación del régimen ju-

rídico establecido para garantizar la libre competencia económica entre los prestadores públicos y privados.

1. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: NOCIÓN CONCEPTUAL

Como lo anota Atehortúa, “el concepto de servicio público es uno de los más polémicos dentro del derecho administrativo y en general de la ciencia política, ya que detrás de él, se encuentran ocultas importantes discusiones económicas, políticas y jurídicas referidas especialmente a la intervención del Estado en la economía, la existencia y razón de ser del derecho administrativo, la restricción a la libre iniciativa privada y a las tareas que le corresponde cumplir a las autoridades en el Estado Social de Derecho.”⁹ Sin embargo, resulta necesario realizar una aproximación a la noción conceptual de servicio público, antes de hacer cualquier desarrollo específico sobre los servicios públicos domiciliarios en el derecho colombiano.

Pero debe recordarse que debido a la inexistencia (obvia por cierto) de un concepto legal de servicio público, de lo que se deriva la imposibilidad de establecer una definición inequívoca y general que pueda abarcar todas las manifestaciones consideradas como tales, y al hecho de que el servicio público siempre será un concepto histórica y políticamente variable, cuyo contenido dependerá en cada momento y en cada país del contexto sociopolítico¹⁰ y económico, cualquier definición que se haga al respecto será una aproximación a la noción conceptual.

⁷ Artículo 365 Constitucional.

⁸ Artículo 333 Constitucional.

⁹ ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Servicios Públicos Domiciliarios*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2003, p. 37.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, *Op. Cit.*, p. 529.

1.1 Noción conceptual de servicio público

La noción conceptual sobre el servicio público, tradicionalmente ha sido abordada desde dos perspectivas doctrinarias. De una parte, se ha establecido un criterio denominado “orgánico”, el cual caracteriza al servicio público en atención a la persona que lo satisface o realiza¹¹. Por otra parte, se ha desarrollado un criterio denominado “funcional”, que “define o considera el servicio público no precisamente sobre la base de quien lo preste o realice, sino en mérito a la índole de la necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga”¹², independientemente de quien sea el prestador.

Sobre las consideraciones anteriores, es menester precisar que en nuestro país el criterio predominante es el funcional, de lo que se deriva que el servicio público es público, no en atención a que es prestado por un ente público, sino a que va dirigido a satisfacer necesidades del público.

Al tener claro lo anterior, podremos decir que el servicio público es una actividad de la administración pública o de los particulares, de prestación positiva, tendiente a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, que requieran, por ende, del control de la autoridad estatal.¹³

¹¹ Se considera en virtud de este criterio que es servicio público en tanto sea prestado por el Estado en términos genéricos, o por la administración pública específicamente.

¹² MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3 ed., t.II, Buenos Aires, Abeledo Perrot., 1992, p. 20.

¹³ El control de la autoridad estatal implica no solo la posibilidad de asegurar la ejecución regular y continua del servicio, sino la búsqueda de la prestación con eficiencia y calidad, además de la protección de los usuarios.

¹⁴ Debe entenderse que se refiere en sentido amplio a la habitación o lugar de trabajo.

¹⁵ El texto original del artículo 14, numeral 24, de la ley 142 de 1994, fue modificado por la ley 632 de 2000 y por el artículo 1. de la ley 689 de 2001, en el sentido de eliminar la calidad de servicio público domiciliario y consagrarlo sólo en calidad de servicio público, así como incluir las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas, de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.

¹⁶ ATEHORTÚA RÍOS, *Op. Cit.*, p.63.

1.2 El servicio público domiciliario

Los servicios públicos domiciliarios, son aquellas actividades prestacionales que están orientadas a satisfacer necesidades generales de los usuarios en sus propios domicilios¹⁴, que son prestadas a través de redes físicas o humanas, y que son calificadas como servicio público domiciliario por el legislador.

La ley 142 de 1994, que consagró el “Régimen de los servicios públicos domiciliarios”, estableció como servicios públicos domiciliarios los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo¹⁵, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

Sin embargo, dicha ley ni regula todos los servicios públicos domiciliarios, que desde una perspectiva material lo son, ni regula sólo servicios públicos domiciliarios, por lo que se hace válida la afirmación doctrinaria que sostiene que “no es correcta la ecuación según la cual, la ley 142 es la ley de Servicios Públicos Domiciliarios, pues en realidad no todos los servicios públicos que llegan al domicilio y que podrían considerarse esenciales se regulan o están sometidos a las prescripciones de esta ley y, además, lo que es más notorio aún, existen actividades que claramente no son servicios públicos domiciliarios y que, sin embargo, están sometidas a los mandatos de la ley, tal es el caso de algunos servicios complementarios de los domiciliarios y de nuevos servicios que en forma inadecuada fueron incluidos en la ley 689 de 2001”¹⁶.

Resulta relevante la observación referida, por cuanto se aplica esta ley a servicios públicos no domiciliarios, como las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento. Y si bien es cierto que las reformas realizadas a la ley 142 hacen la precisión de que no se trata ya de servicios públicos domiciliarios, sí se les aplica íntegramente la normatividad de tales.

En conclusión, la ley 142 se aplica a las actividades prestacionales catalogadas expresamente en ella o en sus reformas, independientemente de la consideración de si son o no servicios públicos domiciliarios.

2. EMPRESAS OFICIALES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Lo primero que debe precisarse, es cuáles son las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, ya que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser, aparte de oficiales, de carácter privado e, inclusive, mixto.

Dicha distinción tiene como fundamento la integración del capital social o el origen de los aportes, ya que se consideran como Empresas de Servicios Públicos oficiales, aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o de éstas, tienen el 100% de los aportes¹⁷. Es decir, cuando la totalidad de las participaciones son de origen estatal.

¹⁷ Ley 142 de 1994, artículo 14.5

¹⁸ *Ibid.*, art. 14.7

¹⁹ *Ibid.*, art. 14.6

²⁰ *Ibid.*, art. 14.14

²¹ *Ibid.*, art. 14.15 Modificado por el artículo 1. de la ley 689 de 2001.

²² Constitución Política, artículo 365, inciso 2.

²³ Constituidas en todo caso como E.S.P

Por el contrario, se consideran Empresas de Servicios Públicos Privadas, aquellas 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.¹⁸ Y son Empresas de Servicios Públicos Mixtas, aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o de éstas, tienen aportes iguales o superiores al 50%.¹⁹

Igualmente, debe destacarse que no sólo las empresas de servicios públicos (E.S.P.) se encuentran autorizadas por la ley para operar o proveer los servicios públicos domiciliarios, ya que, de igual manera, fueron facultados los municipios para su prestación directa²⁰, los proveedores marginales²¹, las comunidades organizadas²², y las empresas industriales y comerciales del Estado²³.

El artículo 17 de la ley 142 de 1994, estableció que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos tratados en dicha ley; pero el parágrafo primero estableció que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Puede decirse, en consecuencia, que las Empresas de Servicios Públicos (E.S.P.) son una categoría jurídica autónoma, diferenciada de otras figuras tipo de la descentralización admi-

nistrativa por servicios y de las formas societarias convencionales²⁴, sometidas a un régimen jurídico especial que podría denominarse mixto, ya que está conformado, tanto por normas de derecho privado como por normas de derecho público, que les es aplicable, en términos generales, a todos los operadores del servicio, para garantizar, con ello, las condiciones de igualdad que deben darse en un medio de competencia económica.

3. Régimen contractual y jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial.

La ley 142 de 1994, consagraba en su artículo 31 lo siguiente:

“CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, 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 que ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

El inciso primero de la citada norma, remitía a lo dispuesto por el parágrafo 1° del artículo 32 de ley 80, en el que se establece:

“sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan a giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades” (subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, la ley 142 de 1994, en el artículo 31 original, al regular los contratos que sean celebrados por las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere dicha ley, remitió al parágrafo 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, lo cual, paradójicamente, significó que tales contratos no estarían sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De lo anterior se deduce que el legislador que expidió la ley 142 de 1994, fue temeroso en ser directo con el mensaje que se quería transmitir, el cual era que el régimen aplicable a los contratos de estas entidades estatales no sería el previsto en dicho estatuto contractual.

Sin embargo, en el inciso segundo del artículo 31 mencionado, se establecía que las Comisiones de Regulación podrían hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrían facultar, previa consulta expresa, que se incluyeran en los demás. Cuando la inclusión fuese forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejercitaran esas facultades estarían sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como lo anotó el Consejo de Estado, “la anterior disposición reguló de manera ambigua el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, manteniendo en la práctica el criterio de las cláusulas exorbitantes para definir no sólo la normatividad aplicable al fondo de la controversia sino también el juez del contrato, que había establecido el decreto ley 222 de 1983 y que quiso eliminar la ley 80 de 1993 con la categoría única de contrato estatal”²⁵.

Mediante auto del 23 de septiembre de 1997, Expediente S-701, la Sala Plena del Consejo de Estado, precisó que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios estarían sometidos, por regla general, al derecho privado, sus conflictos debían dirimirse por la jurisdicción ordinaria, y sólo se aplicaría el derecho público como régimen excepcional.

Allí se concluyó que sólo los contratos de prestación de servicios regulados en el artículo 128 de la ley 142 de 1994, los contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación (art. 31) y los contratos especiales enunciados en el artículo 39.1, estarían sometidos al derecho público y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Posteriormente, el artículo 40 de la ley 446 de 1998 le asignó competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio.

Mediante auto del 21 de enero de 1999, expediente 15.620, el Consejo de Estado reiteró

que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo eran los ya definidos por la Sala Plena del Consejo de Estado en el auto del 23 de septiembre de 1997, ya citado, por cuanto la ley 489 de 1998 no varió la situación de dichas empresas, toda vez que en el artículo 84 remitía al régimen jurídico dispuesto para las mismas por la ley 142 de 1994.

La ley 489 de 1998, integró a la administración pública y al sector descentralizado por servicios, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (artículos 38, 39 y 68). Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado, mediante auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16.661, señaló que la Jurisdicción Contencioso Administrativa controlaba otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos que tuvieran una finalidad vinculada directamente a la prestación del servicio, no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes, como las calificó el artículo 31 de la ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa-usuario (artículo 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1), así tales contratos se rigieran por el derecho privado, por cuanto no es el tipo de régimen legal, el que determina el juez del contrato.

Se reiteró la tesis de los contratos estatales especiales para referirse a aquellos que celebran las entidades públicas que, no obstante estar sometidos al derecho privado o a un régimen especial diferente al previsto por la ley 80 de 1993, son controlados por el juez administrativo. Es el caso de las universidades públicas, cuyo régimen de contratación es el previsto en

²⁴ ATEHORTÚA RÍOS, Op. Cit., p.83.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25.453. MP: Nora Cecilia Gómez Molina. Dte: Ariel Aguirre Ocampo, Ddo: Empresas Públicas de Medellín, E.S.P.

la ley 30 de 1992, las empresas oficiales del sector de los servicios públicos domiciliarios (ley 142 y 143 de 1994) y las empresas sociales del Estado (ley 100 de 1993).

Pero de la remisión referida que se hacía al párrafo 1° del artículo 32 de la ley 80, se derivó un problema práctico, consistente en que, como no se especificó en dicha norma cuáles eran aquellos contratos que correspondían al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades, ponía en la difícil tarea de definir, primeramente, lo que podía ser considerado como "giro ordinario" de la actividad propia del objeto social de una empresa. De lo que se derivaba que los contratos que no estuvieran relacionados con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social, no estarían exceptuados del régimen de contratación estatal.

Con relación al asunto del "giro ordinario", podría pensarse que son todos aquellos contratos estatales que estén relacionados con la prestación de esos servicios, y por ello hacen parte del giro ordinario de su actividad. Empero, esta definición no es muy precisa, y para explicarla se considera pertinente traer a colación un ejemplo muy simple, tendiente a ilustrar sobre lo que puede ser considerado o no giro ordinario de la actividad propia del objeto social.

Si una empresa oficial prestadora del servicio público de aseo necesita adquirir vehículos para la recolección de basuras, puede considerarse que dicho contrato tiene una finalidad que está vinculada con lo que podría denominarse como el giro ordinario de la actividad de la empresa. Pero si lo que se pretende es comprar el vehículo para el transporte del gerente, no sería considerado un contrato orientado a desarrollar una actividad que corresponda al giro ordinario de sus negocios, por no estar relacionado directamente con la prestación del servicio.

En el caso anterior, para la compra del vehículo de recolección de basuras no se tendría que

sujetar al estatuto general de contratación, pero para el segundo sí, ya que la adquisición de vehículos que no tienen ninguna relación directa con el servicio prestado por la entidad, no constituye actividad catalogable como de giro ordinario de la actividad de la empresa de recolección de basuras, puesto que dicho vehículo no se utilizaría para tal fin.

Dicha confusión parece haber desaparecido con lo establecido por el artículo 3° de la ley 689 de 2001, que derogó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el cual quedó así:

«Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.»

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para

que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

Mediante dicha modificación, se aclaró la confusión que se había presentado con la remisión que el original artículo 31 hacía al párrafo 1° del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (salvo disposición expresa en contrario), desapareciendo la remisión al párrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de Contratación Estatal, y con ella, a la actividad considerada como giro ordinario de las actividades propias del objeto social, razón por la que, en la actualidad, sólo los contratos expresamente exceptuados se regirán por el estatuto general de contratación.

De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes, todo lo relativo a tales cláusulas se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejercitaran esas facultades estarían sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regiría por la ley 80 de 1993, y se sometería a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Hoy no cabe la menor duda en cuanto a que la ley 689 de 2001, expresamente asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes²⁶ y el de los que celebren las entidades territoriales con las empresas del sec-

tor, además de los que expresamente se establezcan.

La Ley 689 de 2001 consagró, en el párrafo del artículo 3°, modificadorio del artículo 31 de la ley 142 de 1994, la excepción en cuanto a la no aplicación del estatuto contractual general, ya que establece que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; en todos los casos la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

Nótese como de la redacción de la norma se desprende claramente que no se está hablando del contrato celebrado con el ánimo de que la empresa de servicios públicos le preste dichos servicios a la entidad como tal, sino de que asuma la prestación del servicio al interior de la entidad territorial. Por ello, independientemente de que se trate de una empresa prestadora de servicios públicos privada o de carácter oficial, siempre se sujetará para estos efectos al estatuto general de contratación.

Igualmente, constituyen excepciones que implican la aplicación de disposiciones establecidas en el estatuto general de contratación, las relativas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, toda vez que se aplica íntegramente lo establecido en la ley 80 de 1993, excepto lo que tenga que ver con la celebración del contrato de condiciones uniformes, que se hace en condiciones de igualdad con el resto de los usuarios.

²⁶ Consideramos que debe entenderse dicha competencia en cuanto la controversia tenga relación con la aplicación de dichas cláusulas en el respectivo contrato.

Por su parte, el artículo 33 estipula que quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos. Sobre esto vale la pena advertir que en este evento las empresas de servicios públicos actúan en ejercicio de función administrativa, y es por ello por lo que están facultadas para la expedición de actos administrativos. Lo propio podría decirse de las facultades derivadas de lo contemplado en los artículos 56 (declaratoria de utilidad pública e interés social para la prestación de servicios públicos), 57 (facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos) y lo preceptuado por el artículo 154.

Quiere decir todo lo anterior, que no obstante las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios prestar servicios públicos, excepcionalmente ejercen función pública administrativa, de lo cual se deriva que sólo en este último evento se supeditarán al derecho público en cuanto a sus actos, y la competencia para dirimir las controversias que se presenten derivadas de la función administrativa, estará asignada a la jurisdicción contenciosa. Lo anterior, independientemente de su naturaleza pública o privada.

Por el contrario, cuando no obran en ejercicio de función administrativa, se supeditan para todos los efectos al derecho privado (a menos

que la ley expresamente estipule lo contrario) y a la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Es relevante advertir que tal como lo manifestó el Consejo de Estado, "... los esquemas clásicos: Derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados, y están sometidos por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (artículo 154 inciso 1)...D) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142 darán lugar a la expedición de actos controlables ante la jurisdicción administrativa..."²⁷

Todo lo anterior permite plantear que no es jurídicamente viable ni económicamente conveniente, que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios que, en términos generales, se encuentran exentas de la aplicación de la ley 80 de 1993, caprichosamente vinculen sus procesos de contratación a dicho estatuto general, por cuanto, la aplicación de las leyes, tratándose de entidades administrativas (descentralización por servicios en el presente caso), no es opcional, y sólo podrán acogerse a las normas que les permitan hacerlo; dicho de otro modo, sólo pueden hacer lo que les esté permitido hacer, y la ley 142 de 1994²⁸, claramente determina que salvo que se establezca otra cosa expresamente, no se sujetarán a dicho régimen de contratación.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de septiembre 23 de 1997, exp. S-701, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

²⁸ Modificada por la ley 689 de 2001.

Es económicamente inconveniente, por cuanto, mientras los empresarios privados responderían rápidamente a las necesidades del mercado con procedimientos de contratación ágiles, los prestadores oficiales se encontrarían con una serie de procedimientos estrictos y, en no pocas ocasiones, lentos, que los pondrían, indubitablemente, en una evidente desventaja para competir en condiciones de igualdad.

Si lo que se quiere es que esta actividad económica se desarrolle en un plano de igualdad entre los prestadores públicos y privados, se debe permitir la competencia, y para ello, los prestadores públicos deben actuar bajo el amparo del régimen que se les ha previsto, esto es, el del derecho privado, o se tendría que pensar en someterlos a todos (públicos y privados) al estatuto general de contratación, ya que el legislador fue consciente del nuevo escenario

económico, y por esto "quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo, y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas de derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo"²⁹

En consecuencia, desde el punto de vista normativo se adecuó el régimen de los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, para, en cierta manera, no dejarlas en desventaja respecto de sus competidoras privadas, al permitirles relativa celeridad en los procesos de contratación, y al excluir su régimen contractual en términos generales del estatuto general de contratación.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. Tratado de Derecho Administrativo, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.113.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, 11 ed., t.I, Madrid, Cívitas, 2002.

JÈZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Traducción de la 3 ed., francesa. T.I, Buenos Aires, De Palma, 1948.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, 3 ed., t.II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto del Servicio Público en el Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.