



(\$680'000.000) moneda corriente, traídos a valor presente, que equivale a los ingresos que esperaba percibir durante los quince (15) años de concesión.

B. Subsidiariamente y en caso de no lograrse condena en los términos expresados en el acápite anterior, solicito se condene al pago de la suma superior a seiscientos ochenta millones de pesos (\$680'000.000) moneda corriente, traídos a valor presente, a favor de cada uno de los miembros de la Unión Temporal Aguas de la Montaña, en proporción a su participación, así: (...)

C. En el evento de no prosperar ninguna de las dos pretensiones citadas en los literales A. y B., solicito se ordene pagar a favor de la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA, una suma superior a trescientos sesenta millones de pesos (\$360'000.000) moneda corriente, llevados a valor presente, como indemnización y a título de restablecimiento del derecho, suma equivalente al valor de los perjuicios sufridos por la Unión Temporal Aguas de la Montaña, en razón de la adjudicación irregular de la licitación pública a que se refieren los hechos de la demanda y siguiendo las pautas jurisprudenciales del honorable Consejo de Estado en materia de tasación de perjuicios para casos como éste.

D. De no tener asidero la pretensión antedicha, ruego al honorable Tribunal condenar al pago de la suma superior a trescientos sesenta millones de pesos (\$360'000.000) moneda corriente, llevados a valor presente, a favor de cada uno de los miembros de la Unión Temporal -Aguas de la Montaña, en proporción a su participación, así: (...)

3) A. Que se condene al pago de la suma de noventa millones de pesos (\$90'000.000) moneda corriente, a favor de la Unión Temporal Aguas de la montaña, por concepto de gastos ocasionados con motivo de preparación de la propuesta.

B. Subsidiariamente en caso de no ordenarse el pago a favor de la Unión, le ruego hacerlo a favor de los unidos en proporción a su participación, de la suma de noventa millones de pesos (\$90'000.000) moneda corriente, por concepto de gastos ocasionados con motivo de la preparación de la propuesta, así: (...)"

**1.2. Hechos de la demanda.** La empresa Aguas de Rionegro S.A. ESP abrió una licitación para seleccionar al operador del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro. Luego de las publicaciones, la licitación se cerró el 20 de marzo de 1997.

A pesar de que la propuesta presentada por la Unión Temporal demandante cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, y era la mejor oferta, fue arbitrariamente calificada en segundo lugar, cuando la empresa adjudicatario -LYSA- no reunía las exigencias del pliego, ni presentó la mejor oferta, no obstante lo cual fue calificada en el primer lugar.

La empresa LYSA incumplió varios requisitos: presentó una garantía que no estaba vigente al momento de adjudicarse el contrato; su oferta condicionó el cumplimiento de algunas obligaciones contenidas en los pliegos, como el control de calidad del agua, listado de equipos, estado del parque automotor financiación; tampoco presentó la oferta en pesos colombianos, sino en distintas monedas; no propuso capacitación alguna, sin embargo el evaluador le otorgó 2 puntos "por proponer como mínimo una capacitación al año"; no

presentó una propuesta clara sobre la calidad del agua, pero se le calificó con 45 puntos sobre 60 posibles; no especificó los equipos de laboratorio que se iban a utilizar, sólo aportó unos catálogos, y dejó a su capricho la compra de los mismos; tampoco se comprometió con los indicadores de los pliegos; y sólo estableció entre sus estados de resultados un impuesto de renta a partir de 2003, debiendo hacerlo a haberlo hecho a partir del 2002.

Agrega que su propuesta era la mejor, sin embargo, en varios aspectos, se le evaluó por debajo de lo ofrecido. Tampoco le calificaron algunos ítems, a pesar de haberlos ofrecido, y otros los estimaron por debajo -como control de calidad del agua potable y servida-.

En síntesis, considera que la demandada favoreció ilícitamente la propuesta de LYSA, y por eso calificó la adjudicación de parcializada y arbitraria, además de que las personas que la suscribieron violaron los Estatutos, al no cumplir con los trámites allí previstos -fls. 248 a 337, Cdo. 1-.

## **2. EL AUTO APELADO**

El Tribunal, luego de adelantar el proceso judicial, hasta la práctica de pruebas, previa solicitud de la parte demandada, declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción para conocer del proceso, y ordenó remitirlo al Juzgado Civil del Circuito de Rionegro.

Dijo que la demandada es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, sometida, por tanto, al régimen jurídico establecido en las leyes 142 y 143 de 1994, esto es, al derecho privado.

Transcribió apartes de la ley 142 de 1994, relacionados con el régimen jurídico aplicable para efectos de la competencia de estas empresas, y agregó que la constitución y los actos de éstas se rigen, exclusivamente, por las reglas del derecho privado. Agregó que "Sólo los actos y los hechos relacionados con los derechos y las prerrogativas que la ley 142 de 1994 confiere a dichas empresas para el uso del espacio público, la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa (expropiación) de los bienes que se requieran para la prestación del servicio, se ventilarán ante la jurisdicción contencioso administrativa".

Concluyó diciendo que el Tribunal no es competente para conocer de este proceso, porque no encaja dentro de ninguna de las excepciones que la jurisprudencia ha identificado como de competencia de esta jurisdicción, competencia que corresponde, por tanto, a la justicia ordinaria, según lo dispuesto en los arts. 12, 16.1 y 23 del CPC. -fls. 538 a 542, Cdo. Ppal-.

## **3. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

La demandante apeló la providencia. Pidió que se revoque y se ordene continuar con el trámite del proceso.

Considera que el a quo hizo un análisis incompleto de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que le sirvió de base para tomar la decisión -auto de agosto 12 de 1999-. Dijo que en la jurisprudencia citada

“prácticamente se está hablando de una obra civil”, y en el caso concreto se pretendía contratar al operador del sistema de acueducto y alcantarillado de Rionegro, lo que corresponde a un contrato relacionado, directamente, con la prestación del servicio, razón por la cual el juez de las controversias es el contencioso administrativo.

Agregó que los pliegos de condiciones permiten pensar que la actuación demandada se rige por el derecho público, teniendo en cuenta las definiciones contenidas en él sobre “Empresa de servicios públicos oficial”, y sobre el término para proferir el “acto administrativo” de adjudicación o de declaratoria de desierta de la misma. Esta circunstancia también significa que el juez del litigio es el contencioso administrativo.

Finalmente, dice que la demandada es una sociedad de economía mixta, con más del 90% de capital público, y según providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de septiembre 30 de 2004 -CP. Doctora Nora Cecilia Gómez Molina-, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer de la presente acción -fls. 550 a 558, Cdno. ppal-.

## **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el presente recurso, para lo cual tiene competencia, por tratarse de un asunto de dos instancias -arts. 129 y 181 CCA-

Para resolver el caso concreto la Sala estudiará los siguientes problemas jurídicos: **i)** *en primer lugar*, se analizará el tema de la competencia, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer de las controversias donde son parte las empresas de SPD. Al interior de esta materia se considerará, a su vez, ii’) la evolución normativa del tema y ii’) la evolución jurisprudencial del mismo, tanto en el Consejo Superior de la Judicatura como en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **ii)** *De otro lado*, se analizará el efecto que tiene, en el caso concreto, la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, por medio de la cual se modificó el art. 82 del CCA. A su vez, al interior de este tema se considerarán los siguientes aspectos problemáticos: i’) la aplicación de esta ley a los operadores de los SPD y ii’) su aplicación, en particular, a las empresas mixtas de SPD. **iii)** *Finalmente*, con base en lo anterior, se resolverá el caso concreto.

### **1. ANTECEDENTES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS DONDE SON PARTE LAS EMPRESAS DE SPD.**

Los servicios públicos domiciliarios -SPD-, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, pero, sobre todo, con la legislación que la desarrollo, tuvieron una importante transformación en las distintas estructuras que los componen. Entre ellas, se puede mencionar el régimen jurídico aplicable al servicio, el régimen tarifario de los mismos, las organizaciones encargadas de su prestación, la posibilidad de que los particulares participen de la gestión, la aparición de la “regulación” del servicio, el régimen de libre

competencia –como principio rector de la actividad-, entre otros aspectos, esenciales en la prestación de los servicios públicos.

Entre los aspectos que resultaron afectados por la legislación postconstitucional, se encuentra el régimen de competencia jurisdiccional. En efecto, con la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, por medio de las cuales se reguló el régimen de prestación de los SPD, surgió, de manera casi inmediata, la dificultad de determinar quién es el juez de las controversias, problema al cual las distintas Cortes han dado respuestas diversas.

Por la importancia del tema, para el caso concreto, es necesario ubicar las distintas posiciones de la jurisprudencia al respecto, concentrando la revisión en la responsabilidad extracontractual y contractual, terreno donde se ha suscitado la mayor polémica.

### **1.1. Evolución normativa de la competencia jurisdiccional en los SPD.**

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política, el legislador asumió, en las leyes 142 y 143 de 1994, la regulación de los SPD, normas que continúan siendo ordenadoras de la materia.

En estas leyes se dispuso, entre otras cosas, que el régimen sustantivo contractual de los operadores de los SPD será el de derecho privado y que, en general, la constitución y la organización de las empresas se regirá por éste mismo sistema jurídico -art. 17 a 19 de la ley 142-.

No obstante, esta ley poco dispuso, por vía general, sobre el juez de las controversias de los operadores de los SPD. Sin embargo, señaló i) en el artículo 31, que: “Cuando la inclusión sea forzosa -se refiere a los poderes exorbitantes-, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.” -comentario en itálicas fuera de texto-. De igual forma dijo ii) en relación con el cobro de las facturas, que prestan mérito ejecutivo, ante la justicia ordinaria.

Desde luego, estas normas fueron suficientes para dar inicio a un debate, ya largo por cierto, alrededor de quién es el juez de las controversias de las entidades prestadoras de los SPD, teniendo en cuenta la regulación profunda que el legislador hizo de estos servicios.

Durante los primeros años de vigencia de las leyes 142 y 143, la jurisprudencia inició un debate alrededor de las anteriores normas, al que se sumó, rápidamente, en el año de 1998, una nueva disposición legal, la ley 446, que modificó el art. 132.5 del CCA., el cual estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería de las controversias relacionadas con contratos de las entidades prestadoras de SPD, “... cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio...”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta ley también dispuso, en el artículo 164, que las competencias allí previstas sólo entrarían a regir cuando empezaran a funcionar los juzgados administrativos.

Posteriormente, en el año 2001, el legislador volvió a referirse al tema y reafirmó, en la ley 689, en materia de jurisdicción, lo que disponían los artículos

originales 31 y 130 de la ley 142 -pese a que los modificó en parte- sobre las cláusulas exorbitantes de los contratos y el mérito ejecutivo que prestan las facturas de SPD\_.

Luego, el legislador expidió la ley 954 de 2005, por medio de la cual se modifican y adicionan algunas normas de la ley 446 de 1998. El efecto de la primera normatividad fue que hizo entrar a regir las disposiciones sobre competencia previstas en la ley 446, que se encontraban suspendidas\_.

Finalmente, el legislador expidió la ley 1.107, por medio de lo cual modificó el artículo 82 del CCA., y dispuso que esta jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las entidades públicas. Sin embargo, agregó que se mantenían entre otras, las competencias previstas en la ley 142 de 1993 y 712 de 2001\_.

Alrededor de este conjunto de normas, y de su interpretación, la jurisprudencia de las diferentes Cortes, en los años correspondientes, ha resuelto los problemas de competencia jurisdiccional relacionados con los operadores de los SPD, según las materias de que trate el conflicto -contratación, reparación directa, anulación, etc.-.

La dificultad del tema ha radicado en la ambigüedad de algunas de estas normas, y también en que las modificaciones legislativas se han sucedido en forma rápida en el tiempo medido en términos judiciales, lo que, sumado a la expedición de la ley 1.107 de 2006, demanda, para resolver el caso concreto, recordar previamente las distintas posiciones que se han adoptado sobre el tema, por parte de las altas Cortes.

## **1.2. Posición de la jurisprudencia, en torno a la competencia jurisdiccional para conocer de las controversias de las empresas de SPD.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado y la del Consejo Superior de la Judicatura -órgano que dirime los conflictos de competencias jurisdiccionales\_- , no ha sido uniforme, ni sistemática, en la solución de los problemas de competencia -en las distintas materias-, donde han sido parte los prestadores de SPD. Las posiciones adoptadas, a lo largo de estos años, han sido las siguientes:

1.2.1. En materia de responsabilidad extracontractual. Las decisiones, en este campo, han sido particularmente discrepantes, al punto que, incluso, al interior de una misma Corporación se encuentran criterios encontrados, lo que refleja, perfectamente, la dificultad del tema.

1.2.1.1. *Posición de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. El Consejo Superior, en diversas condiciones y circunstancias, ha conocido de conflictos de jurisdicción suscitados entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa, con ocasión de demandas, de diversa índole -contractuales, reparación directa, etc.-, donde una de las partes, por lo menos, es una entidad prestadora de SPD.*

Así, por ejemplo, ha ocurrido que la justicia civil ha recibido demandas de empresas de SPD o contra ellas, y se ha declarado incompetente para conocer de las mismas. A continuación, se las ha remitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien, a su vez, se ha declarado incompetente -en muchos casos, no siempre-, lo que ha provocado el conflicto de jurisdicción

ante el Consejo Superior de la Judicatura. En otros casos ha ocurrido el fenómeno inverso, es decir, que quien provoca el conflicto es la justicia ordinaria, al declararse también incompetente para conocer de un asunto remitido por la justicia contencioso administrativa.

Si se hace una evaluación integral, sobre la solución que el Consejo Superior de la Judicatura le ha dado al tema, se encuentra que, tratándose de la responsabilidad extracontractual, éste ha tomado decisiones contradictorias. Así, por ejemplo, en ocasiones ha dicho que el juez competente es el ordinario y, en otras, el contencioso administrativo.

Es así como, en la sentencia del 25 de mayo de 2005\_, que retoma un buen número de sentencias del año 2004\_- dijo, frente a un conflicto donde las demandadas eran la Empresa de Energía de Bogotá ESP. y Codensa S.A. E.S.P. -por la muerte de un menor-, que su conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa. Sostuvo que el artículo 32 de la ley 142 de 1994 no era aplicable en éste caso, porque se trataba de un daño ocasionado por un hecho de la administración, diferente de los actos a los que se hace referencia en ese artículo, por lo que debía aplicarse el artículo 86 CCA., que regula la acción de reparación directa\_.

En el mismo sentido se pronunció el 4 de mayo de 2005\_, respecto del conflicto de jurisdicciones para conocer de un proceso en el que se demandaba a Telecom, por los daños causados con una antena de telecomunicaciones. Dijo que el asunto debía conocerlo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque la demandada "cumple unas finalidades sociales inherentes al Estado Social de Derecho como es la prestación de servicios públicos esenciales", y que, conforme al artículo 82 CCA., "dicha jurisdicción se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones de los distintos organismos del Estado".

Concluyó diciendo que el artículo 32 de la ley 142 de 1992 se refiere a asuntos diferentes, como la constitución de las empresas, los actos requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de los socios, los cuales son diferentes de un hecho de la administración\_.

Este criterio, no obstante, varió un mes después, en junio de 2005\_. Dijo el Consejo Superior de la Judicatura que el juez que debía conocer del proceso, donde la demandada era las Empresas Públicas de Armenia, era el ordinario. El fundamento de tal decisión fue el artículo 32 de la ley 142 de 1994, que dice que las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado\_.

*1.2.1.2. Posición del Consejo de Estado.* Esta Corporación, por su parte, ha expresado, en sentido más uniforme, que el juez de las controversias de la responsabilidad extracontractual del Estado, en aquella materia, es la justicia ordinaria.

En este sentido, desde marzo de 2001 ya había dicho esta Sección que el juzgamiento de la responsabilidad extracontractual, de una empresa de SPD, corresponde a la justicia ordinaria, bajo el argumento de que dicha competencia no estaba asignada expresamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo\_.

En febrero de 2005 mantuvo el mismo criterio. En esta ocasión dijo que la ley es quien debe designar el juez competente para conocer de una controversia, y

que, en materia de SPD, no había norma, luego, se debía acudir al artículo 82 CCA. para definir si la responsabilidad extracontractual de una empresa de SPD era de conocimiento de esta jurisdicción. La Sala concluyó que\_:

El decreto 3130 de 1968 establecía, en su artículo 31, que la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgieran con ocasión de la actividad comercial e industrial de estas empresas era la ordinaria, y las que se originaran en desarrollo de funciones públicas eran de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo\_.

Luego, a partir de este precepto no había discusión en cuanto a la atribución que hacía, expresamente, la ley para que la jurisdicción ordinaria conociera de las controversias de tales entidades, por regla general...

Esta norma fue derogada expresamente por la ley 489 de 1998, artículo 121, norma en la cual no se estableció una regla equivalente que determinara la jurisdicción competente para conocer las controversias en las que está involucrada una empresa industrial y comercial del Estado. Es así como el art. 85 de la ley 489 de 1998, citado por el a quo como fundamento de su decisión, determina que, salvo las excepciones establecidas en la ley, la normatividad aplicable a las actividades desarrolladas por las empresas industriales y comerciales del estado es la del derecho privado\_, sin establecer cuál es la jurisdicción competente para conocer las controversias que, con ocasión de aquéllas, se susciten.

Así pues, hoy no existe una norma expresa que, como lo hacía el art. 31 del Decreto 3130 de 1968, determine cuál es la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgen de los actos o actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que impone acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, establecida en el art. 82 del C.C.A., según la 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 demás personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. (...)”.

De acuerdo con esta disposición, la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo surge del hecho de que una controversia revista carácter administrativo\_, circunstancia que podrá presente re cuando en el proceso sea pe 2 una entidad pública o una persona privada que desempeñe funciones públicas.

De ello se desprende que, cuando la ley se refiere a los litigios administrativos, está abandonando el criterio orgánico para definirlos; no de otra forma se podría entender que la norma exija solamente que la controversia tenga tal naturaleza, sin que importe que la misma se presente con una entidad pública o con una persona privada que desempeñe función pública. Así, el legislador acogió un criterio material que hace menester analizar la naturaleza de la función que originó el litigio, función que debe revestir naturaleza pública.

El problema de la competencia, en esta providencia, se concentró en determinar si la prestación de los SPD era ejercicio de la función administrativa, pues, sólo en caso de serlo ésta jurisdicción conocería de las controversias de las empresas de SPD.

La Sala sostuvo, según se pudo ver, que prestar servicios públicos no era ejercicio de la función administrativa, luego, como el art. 82 del CCA sólo asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los "litigios o conflictos administrativos", entonces este tipo de asuntos no correspondían a ésta jurisdicción.

Posteriormente, en marzo de 2006, esta Sección mantuvo el mismo criterio -no la misma argumentación-, es decir, que el juzgamiento de la responsabilidad extracontractual, de una empresa de SPD, corresponde a la justicia ordinaria, teniendo en cuenta que, incluso en la época de los hechos -caída de un poste de energía-, el artículo 31 del decreto 3130 de 1968 señalaba que a esa jurisdicción correspondía conocer de las actuaciones materiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De igual manera, en septiembre de 2006, ante una demanda presentada contra las Empresas Públicas de Pereira ESP. y la Empresa de Energía de Pereira ESP, por un daño causado con una tapa de un contador, dijo esta Sección que la jurisdicción competente era la ordinaria, por ausencia de norma expresa que asignara la competencia a esta jurisdicción. Esta vez, la Sala apoyó la decisión en el artículo 16.1 del Código Civil, que asigna a la justicia ordinaria la cláusula general de competencia jurisdiccional.

Atendiendo a los antecedentes citados, entre muchos otros que reiteran la posición, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que, en este tipo de casos, el juez competente es el ordinario. Esta posición coincide con algunas decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, que han resuelto conflictos de jurisdicción en este sentido, pero desconoce otras de la misma Corporación.

*1.2.2. En materia contractual.* Esta Sección, en varias ocasiones, se ha referido al tema, para declararse, unas veces, competente para conocer de controversias contractuales; pero también para negar la competencia y remitir los procesos a la justicia ordinaria.

En una de sus primeras decisiones, empezó por señalar que, dado que las empresas de SPD se rigen por el derecho privado, entonces el juez de las controversias es el ordinario. Este criterio se expuso en la sentencia S-701 de 1997, fundadora de este pensamiento -CP. Carlos Betancur Jaramillo-. En ella se sostuvo, precisamente, "Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts. 128 y ss. de la ley 142, están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción ordinaria."

No obstante, se dijo en esta misma providencia, que tratándose del contrato de condiciones uniformes, cuyo régimen jurídico es mixto -porque se rige por normas públicas y privadas-, el juez de sus controversias es el administrativo, pues la relación que surge entre la empresa y el usuario es marcadamente administrativa.

Un año después, el 26 de marzo de 1998 -CP. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.000- la Sección mantuvo el criterio anterior, es decir, que esta Jurisdicción es competente para conocer de controversias contractuales, pero advirtió que siempre que el contrato contenga cláusulas exorbitantes. Sin embargo, precisó que no sólo conoce de los conflictos relativos a las cláusulas, sino cualquier otro conflicto relacionado con el contrato, porque de otro modo se rompería la continencia de la causa.

La Sección Tercera reiteró esta idea, en la jurisprudencia del 12 de agosto de 1999 -Exp. 16.446. Actor: CHAMAT Ingenieros Ltda-

En el año 2003 la Sala mantuvo esta posición. En esta ocasión juzgó la declaración de desierta de un proceso de contratación, de una empresa de SPD. No obstante, dijo la Sala, que pese a que entró en vigencia la ley 689 de 2001, debían mantenerse los criterios expuestos hasta ahora\_, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera: Esta jurisdicción conoce de conflictos contractuales, i) cuando el contrato contiene cláusulas exorbitantes, ii) cuando se conoce, durante el proceso de contratación, que el futuro contrato incluirá aquéllas cláusulas, iii) cuando la controversia está relacionada con el contrato de condiciones uniformes (relación empresa-usuario), o iv) cuando se controvierten los actos administrativos que expide la empresa con ocasión de esta relación.

Mediante auto del 21 de junio de 2006 -CP. María Elena Giralda, Actor: Construgas Ltda. Exp. 28.886-, al resolver un caso idéntico al que es objeto de este trámite, dijo la Sala que la justicia competente para conocer de una demanda contra el acto de adjudicación de un contrato de una empresa de SPD, era la ordinaria, porque la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo conoce de las actuaciones que se realizan en ejercicio de la función administrativa, la cual no cumplen las empresas de SPD, incluidas las estatales\_.

Además, señaló que esta jurisdicción sólo conoce de asuntos contractuales, o de procedimiento contractual, cuando el negocio contiene -o incluirá-cláusulas exorbitantes\_.

Finalmente, reiteró la Sala, en el auto de agosto 3 de 2006 -CP. Alier E. Hernández Enríquez. Actor: Multiobras. Exp. 31.222- que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias contractuales donde se incluyen las cláusulas exorbitantes, i) bien de manera forzosa -es decir, por imposición de las Comisiones de Regulación, según lo dispone el art. 31 de la ley 142-, ii) pero también -y este es un matiz introducido al tema, por esta providencia- cuando son autorizadas por las mismas Comisiones, a solicitud de las empresas\_.

Vale la pena destacar que la anterior providencia, quizá por primera vez, hizo una breve referencia al 132.5 del CCA. y su relación con el problema de competencias de los SPD. No obstante, y dado que el caso concreto se refería una empresa social del estado, no se desarrolló el tema.

Hasta hoy, la tendencia descrita se ha mantenido. Sin embargo, lo que ha sido problemático, a lo largo de los años, es la consolidación de los supuestos en los cuales la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de controversias contractuales, pues las posibilidad de adicionar o reducir supuestos se mantiene latente, por la falta de norma que defina el tema con mayor precisión.

De hecho, la Sala no ha tenido la ocasión de definir su posición, en relación con la vigencia o no del art. 132.5 del CCA. -modificado por la ley 446 de 1998-, el cual asigna la competencia a esta jurisdicción, en materia contractual, cuando los contratos "guardan relación directa con la prestación del servicio" . Si se considerara esta norma, que sólo entró en regir con la expedición de la ley 954 de 2005, los problemas serían otros, con resultados inesperados para la seguridad jurídica de las partes de un proceso judicial.

Finalmente, también es importante destacar que, tratándose del recurso de anulación de laudos arbitrales de contratos estatales, esta jurisdicción, en sentencias con doctrina uniforme, ha sostenido que la Sección Tercera tiene competencia para conocer de ellos, la cual se ha derivado de: i) el art. 72 de la ley 80 de 1993, que así lo dispone, ii) del hecho de que el régimen jurídico aplicable al contrato no define quien es el juez del recurso de anulación, iii) porque los contratos celebrados por empresas estatales, aunque se rijan por el derecho privado, son contratos estatales, en sentido amplio, iv) finalmente, del hecho de que a sí lo disponga el actual artículo 128.5 CCA.

## **2. CONSECUENCIAS DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1.107 DE 2006 SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTA JURISDICCIÓN.**

### **2.1. La modificación del art 82 del CCA.**

Recientemente el legislador expidió la ley 1.107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Prescribe esta norma, resaltando en negrillas los aspectos modificados, que:

Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional. (Negrillas fuera de texto)

Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. **Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.** (Negrillas fuera de texto)

Las modificaciones, introducidas en el artículo primero, tienen que ver con los siguientes aspectos: *De un lado*, se definió que el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo consiste en “... juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas...”, en lugar de “... juzgar las controversias y litigios administrativos...”, como disponía el artículo modificado. *De otro lado*, incluyó, en forma expresa, a las sociedades de economía mixta, siempre que el capital estatal sea superior al 50%.

La primera modificación da respuesta a una realidad, cada vez más aguda: que la prestación de los servicios públicos, en sentir de la Sala, no constituía cumplimiento de función administrativa, de manera que, por este aspecto, las entidades públicas que desempeñan estas actividades quedaban por fuera del control de esta jurisdicción.

La razón por la cual estas entidades no harían parte del objeto de esta jurisdicción, radica en que ella controla, al decir del art. 82 original del CCA., las "controversias y litigios administrativos", no los que surjan por el cumplimiento de otro tipo de actividades.

No obstante, el anterior criterio ha tenido no pocos contradictores, pues, de conformidad con él, la educación, por ejemplo, no es función administrativa, mientras que para otros sí, lo mismo puede decirse de los servicios públicos domiciliarios, entre otros servicios públicos. De manera que la discusión, acerca del objeto de esta jurisdicción, se tornó bastante problemático e inestable, lo que ameritaba una respuesta legislativa clara.

Por esta razón, la ley 1.107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las "entidades públicas". Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el "orgánico", no el "material", es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no.

De esta manera, se simplificarán, en buena medida, los conflictos de jurisdicción, recurrentes entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa, que se reflejará en mayor seguridad jurídica para las partes procesales, así como para la propia administración de justicia.

Así es como ha dado respuesta la ley a la problemática surgida en torno a la materia, de la cual la doctrina señalaba que "... la realidad jurisdiccional colombiana está fundada sobre el principio de atribución legal de competencias, motivo por el cual este tema demanda una respuesta rápida, coherente y oportuna a las dudas normativas sobre el conocimiento de las controversias en que hagan parte las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas."

La otra modificación, introducida por la ley 1.107, tiene que ver con la determinación, de manera expresa, que las sociedades de economía mixta, con capital público superior al 50%, también son sujetos de esta jurisdicción. Esto significa, por lo menos, lo siguiente:

Que las sociedades mixtas, con capital igual o inferior al 50%, tendrán, como juez natural, al ordinario, sin importar el tipo de acción, acto, hecho o situación que dé lugar al proceso donde sean parte.

Lo anterior debe tener como excepción, aunque no la prevea la ley, que si el conflicto versa sobre actos administrativos, la jurisdicción competente es la de lo contencioso administrativo, pues, en tal caso, el único juez que puede controlarlos es éste, en virtud de la reserva *jurisdiccional* que el artículo 238 de la CP. consagra en su favor. Esta posición la ha sostenido esta Corporación, y también la Corte Constitucional.

## **2.2. Efectos de la ley 1.107 de 2006 sobre los SPD.**

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la ley 1.107 establece algunas excepciones:

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001. (Negrillas fuera de texto)

Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas.

No obstante lo previsto en la nueva norma, resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para definir este tema resulta ilustrativo, pero sobre todo decisivo, revisar la Exposición de Motivos del proyecto de ley que se convirtió, luego, en la ley 1.107 de 2006. Sin embargo, también se debe acudir a los demás antecedentes legislativos -Informes de Ponencias de cada debate-, porque pueden ilustrar, de mejor manera, cuál fue el sentido, propósito e intención del legislador, al expedir esta ley.

El proyecto de ley se identificó con el No. 69 de 2005 de Senado y con el No. 250 de 2005 de Cámara. Fue de iniciativa del Congreso y, dígase de una vez, fue aprobado, prácticamente, en los mismos términos en que se propuso. El texto fue el siguiente:

Artículo 82. *Objeto de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.* La jurisdicción de lo contencioso-administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura no tendrán control jurisdiccional.

Artículo 2º. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia, en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.

En la Exposición de Motivos quedó claro, atendiendo a los comentario que se hicieron, que la intención o razón de ser de la iniciativa tenía que ver con la

necesidad de definir, con precisión, quién era el juez de las controversias estatales, teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos frecuencia, algunos problemas de competencia de manera contradictoria.

Con el paso de los años se hizo evidente que la determinación del juez competente se convirtió, en algunos casos, en un verdadero problema que incidía en el derecho de acceso a la justicia. En particular, la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, universidades públicas, empresas sociales del Estado, entre otras entidades públicas, en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso desesperadamente contradictoria, en lapsos relativamente cortos, llegando a tornarse el tema particularmente problemático. Por esta razón, en la Exposición de Motivos se dijo que:

La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia. En efecto, la concepción según la cual existe correspondencia entre la aplicación del régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa se ha estimado, en unos casos, superada y, en otros, en cambio, se ha entendido vigente. El Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada<sup>14</sup>, y tratándose de responsabilidad contractual ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.: (...)

En efecto, al establecer el citado artículo 82, que la competencia se define por el carácter administrativo de la controversia, está fundándose en un criterio material de muy difícil definición o, al menos, de una definición única.

En efecto, aun aceptando la tesis del Consejo de Estado, según la cual litigio administrativo es aquel que se origina en el ejercicio de una función administrativa, definir cuándo el Estado ejerce una función pública y cuándo no, ha sido un tema muy controversial; volviendo al ejemplo de los servicios públicos, existen, por lo menos, tres respuestas que la doctrina ha propuesto frente a la pregunta de si su prestación constituye o no el ejercicio de una función pública. En primer lugar, hay quienes afirman que, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, toda la prestación de los servicios públicos debe ser considerada función pública, por tratarse de una actividad relacionada con los fines del Estado Social de Derecho<sup>17</sup>; sin duda esta ha sido la posición adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al menos en las últimas providencias citadas. En segundo lugar, están quienes sostienen que, si el servicio público es prestado por un particular, no debe ser considerado función pública, pero si la prestación la realiza una entidad pública, la misma adquiere tal carácter<sup>18</sup>. Por último, unos terceros sostienen que, de acuerdo con la forma en que se estableció el régimen de servicios públicos en la Constitución de 1991, su prestación, por regla general, no constituye una función pública; no obstante, esta última posición señala que, en su prestación, aquellas actividades que resultan del ejercicio de prerrogativas propias del Estado sí revisten tal carácter<sup>19</sup>. Esta es la tesis que prohija el Consejo de Estado en la providencia citada, acudiendo a un análisis sistemático de la Constitución Política y la ley<sup>20</sup>. Esta posición es compartida

por la Corte Constitucional, que, en la Sentencia C-037 de 2003<sup>21</sup>, expuso lo siguiente:

Las anteriores preocupaciones surgieron en un marco judicial muy concreto, orientado por los problemas de competencias que afectaban a las empresas de SPD. Por esa razón, y para tratar de definir, por vía de autoridad, este problema, se dijo en la Exposición de Motivos que:

De otro lado, como se ha dicho, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 no establece una regla de competencia, pues se limita a señalar que las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen exclusivamente por el régimen de derecho privado. Con anterioridad, el Decreto 3130 de 1968 establecía, en su artículo 31, que la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgieran con ocasión de la actividad comercial e industrial de empresas de la misma índole era la ordinaria, y las que se originaran en desarrollo de funciones públicas eran de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dicha norma generaba alguna seguridad en este tema; sin embargo, la misma fue derogada expresamente por la Ley 489 de 1998, artículo 121, pero esta ley no se preocupó por establecer una regla equivalente que determinara la jurisdicción competente para conocer las controversias que involucraran una empresa industrial y comercial del Estado o una empresa de servicios públicos domiciliarios. De la misma manera, el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, determina que, salvo las excepciones establecidas en la ley, la normatividad aplicable a las actividades desarrolladas por las empresas industriales y comerciales del Estado es la del derecho privado<sup>16</sup>, sin prescribir cuál es la jurisdicción competente para conocer las controversias que, con ocasión de aquellas, se susciten. Lo dicho, impone acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, establecida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que impone definir lo que se denomina controversias y litigios administrativos, asunto complicado que ha generado las diferencias jurisprudenciales expuestas. (...)

Las dificultades que suscita la aplicación del criterio material consagrado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo generan una enorme inseguridad en la definición del juez competente, sobre todo cuando se trata de controversias que comprometen una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad de economía mixta, o una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, en desmedro evidente de los usuarios de la justicia que, en estos casos son las víctimas que padecen los daños causados por la actividad oficial. (...)

Surge, pues, la imperiosa necesidad de resolver este problema que genera un indudable obstáculo al adecuado ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, y la forma de hacerlo, sin traumatismos, es adoptar un criterio orgánico de competencia.

Así, se resolverían de manera definitiva las contradicciones evidenciadas hasta el momento, dado que se establecería una clara regla de competencia en la ley, en la que solo sería necesario verificar si se trata de una controversia en la que está involucrada una entidad pública o un particular que desempeñe funciones públicas. Dicho criterio no amerita mayores esfuerzos interpretativos para establecer, en cada caso concreto, el juez competente para resolverlo.

En estos términos, se percibe con facilidad, el propósito que tuvo el proyecto de reforma, determinante de sus móviles, fue la problemática de los SPD, de ahí que se sugiriera, como se insinúa en el último párrafo citado, que el juez de las empresas de SPD debía ser esta jurisdicción.

Esta idea se hace aún más evidente en los siguientes apartes de la exposición de motivos, según la cual:

**7. No se pretende modificar las leyes que establecen reglas de competencia en materia laboral y de servicios públicos domiciliarios.** Por último, el proyecto no pretende modificar las reglas de competencia ya establecidas en la ley, como es el caso... (...)

En el mismo sentido, se mantiene la vigencia de las reglas de competencia establecidas en la Ley 142 de 1994, así como las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, que en el artículo 130, establece que el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción coactiva cuando se trata de empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos.

Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la ley 142 -modificado por el art. 18 de la ley 689 de 2001-.

En esta medida, según el texto del proyecto de ley, esta jurisdicción conocería de todas las controversias relacionadas con los operadores de los SPD - procesos contractuales, de responsabilidad extracontractual, de nulidad, entre otros-, pero los juicios ejecutivos, exclusivamente de facturas del servicio, se mantendrían en la justicia ordinaria.

En el informe de ponencia para primer debate, el Senador Ponente recogió exactamente esta idea del proyecto, y ratificó su propósito, al destacar que las controversias entre las Altas Cortes demandaban una solución legislativa urgente. Dijo entonces:

El Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura vienen abordando el mismo problema jurídico desde una perspectiva distinta. Mientras que el Consejo de Estado se remite al artículo 82 del CCA, por considerar que no existe una regla de competencia establecida de manera expresa en la ley para **resolver los asuntos que tienen que ver con empresas de servicios públicos domiciliarios**, el Consejo Superior de la Judicatura -en los autos citados por el autor- no basó su fallo en consideraciones interpretativas sobre el artículo 82, sino en la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios. (...)

En la exposición de motivos del proyecto, el Senador Darío Martínez expuso tres versiones distintas que la doctrina ha desarrollado para **dar respuesta a la pregunta de la prestación de servicios públicos domiciliarios** constituye o no el ejercicio de una función pública. (Negritas fuera de texto)

En particular, destacó la problemática que se estaba presentando en el contexto de los SPD, y dijo que la solución estaba en concentrar la

competencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo cual se esperaba evitar la disparidad de decisiones. También destacó que se debían mantener las competencias de la ley 142, pero sobre la base de las anteriores reflexiones. En este sentido dijo que:

En ese orden de ideas, queda demostrado que definir la competencia con base en un criterio material de muy difícil interpretación conduce a que se produzcan decisiones contradictorias como las expuestas anteriormente.

Por el contrario, cambiar el criterio material de competencia hoy vigente por un criterio orgánico al eliminar la palabra administrativos del artículo 82 del C. C. A., implicaría una serie de beneficios que enumero a continuación:

1. Se pondría fin a la disparidad de opiniones en la definición del criterio material de competencia hoy existente, **quedando la totalidad del contencioso de la responsabilidad del Estado en una única jurisdicción.**

2. Como consecuencia de lo anterior, se evitaría que ambas jurisdicciones emitieran fallos distintos frente a problemas similares. **Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil extra-contractual**, las dos jurisdicciones (civil y contencioso-administrativa) difieren de modo sustancial en la tasación del daño. (Negrillas fuera de texto)

Finalmente, el Ponente propuso adicionar el proyecto, en el sentido de precisar que las sociedades de economía mixta también debían quedar expresamente mencionadas en la ley; pero quedarían sometidas cuando la participación estatal fuera superior al 50%. Con esta proposición se aprobó, en primer debate, el proyecto.

Por su parte, el informe de ponencia para segundo debate también destacó la importancia de dirimir los problemas de acceso a la administración de justicia, generados por las controversias acerca del juez competente. Por eso, una vez más, se resaltaron los problemas existentes alrededor de los SPD, y se recomendó, dada la importancia del tema, darle segundo debate el proyecto, en esos términos.

Para dar inicio al tercer debate, el informe de ponencia resaltó, una vez más, que la situación que dio origen al proyecto de ley fue la disparidad de decisiones adoptadas por el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, a propósito de la competencia de aquella jurisdicción para conocer de muchas controversias, donde es parte el Estado. Sin embargo, debe destacarse que, una vez más, el problema se ejemplificó con los servicios públicos domiciliarios, donde -se consideró- la seguridad jurídica y la igualdad estaban amenazadas por estos conflictos. Dijo la Comisión Primera de la Cámara de Representantes que:

En este sentido, del modo en que se estableciera desde la exposición de motivos del Proyecto de ley, debido a la falta de uniformidad de criterios interpretativos entre una y otra corporación, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad que el sistema jurídico colombiano, de conformidad con nuestra Constitución, debe garantizar, se ha visto frecuentemente amenazado. Situación que se ha hecho manifiesta en la diferencia de criterios adoptados por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado, cuando se trata de determinar la competencia, por ejemplo, para el conocimiento de demandas de **responsabilidad extracontractual de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.** (Negrillas fuera de texto)

Esta preocupación muestra, nuevamente, que el sentido de esta ley estuvo determinado por la necesidad de definir, de una buena vez, el problema asociado a los SPD, donde las altas Cortes se contradijeron con más frecuencia. Además, otra vez quedó sugerida la idea de recoger, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar al Estado, salvo algunas excepciones. Sin embargo, durante las sesiones de este tercer debate se adicionó el parágrafo del artículo 2, en el siguiente sentido:

Artículo 2°. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de la ley 712 de 2001; del artículo 18 de la ley 689 de 2001; y únicamente para las empresas de servicios públicos domiciliarios privadas, el artículo 33 de la ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la ley 689 de 2001

La norma, así aprobada, reiteró, con precisión en la indicación de los artículos, que la competencia que se mantenía de la ley de SPD sería la relativa a los juicios ejecutivos de facturas, por eso remitió al art. 18 de la ley 689, que modificó el art. 130 de la ley 142 de 1994. De alguna manera, en este debate de la Comisión Primera de la Cámara se entendió, de mejor forma, el propósito del Senador que tuvo la iniciativa legislativa -expresado claramente en la Exposición de Motivos-, y aclaró el articulado en ese sentido.

Finalmente, el informe de ponencia para el último debate, en la Plenaria de la Cámara de Representantes, ratificó la idea de que la problemática de los SPD era la que definía el objeto del proyecto de ley y que, además, la justificación del mismo partía de los problemas existentes entre las distintas Jurisdicciones, concretamente, en materia de responsabilidad extracontractual y contractual de las empresas de SPD. Se dijo en esta ocasión que:

En este sentido, del modo en que se estableciera desde la exposición de motivos del proyecto de ley, debido a la falta de uniformidad de criterios interpretativos entre una y otra corporación, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad que el sistema jurídico colombiano, de conformidad con nuestra Constitución, debe garantizar, se ha visto frecuentemente amenazado. Esta situación se ha hecho manifiesta en la diferencia de criterios adoptados por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado, cuando se trata de determinar la competencia, por ejemplo, para el conocimiento de demandas de **responsabilidad extracontractual, o inclusive, contractual, de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.** (Negrillas fuera de texto)

Según esta historia legislativa, es indiscutible que el Congreso dispuso entregarle a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juzgamiento de las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, pues, no en vano los procesos contractuales y extracontractuales fueron los que sirvieron de paradigma, durante los 4 debates, para expresar que existía una diferencia profunda en las altas Cortes, con respecto al tema de la jurisdicción, y que era necesario reformar el art. 82 del CCA para resolver el problema.

Este último debate resultó ser especialmente esclarecedor del parágrafo del artículo segundo, pues, una vez más, se dejó establecido que esta jurisdicción era quien debía volver a conocer de las controversias donde fuera parte el Estado, incluidas las empresas de SPD -motivo determinante del proyecto de

ley-, salvo en las materias que desde la exposición de motivos se había indicado: el tema laboral y los ejecutivos de facturas de los SPD. Se dijo, pues, en esta ocasión:

De este modo, los suscritos ponentes sugerimos la aprobación de los tres artículos que se presentan en el texto propuesto para segundo debate, a través de los cuales se pretende cambiar el criterio material de asignación de competencias a la jurisdicción contencioso administrativa, por el criterio orgánico, **manteniendo, claro está, la vigencia, en materia de competencia, de la Ley 712 de 2001 acerca de conflictos laborales; del artículo 18 de la Ley 689 de 2001 acerca del cobro de deudas derivadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios; y del artículo 33 de la Ley 142 de 1994**, referido a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa cuando las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios ejerzan ciertas facultades especiales". (Negrillas fuera de texto)

Finalmente, y dado que se presentaron algunas diferencias entre los textos aprobados en las plenarias de Senado y Cámara, se nombró una Comisión de Conciliación, la cual, en forma escueta y contundente, dijo que:

Luego de un análisis detallado de los textos, cuya aprobación por las respectivas plenarias presenta una **diferencia en el artículo 1º**, hemos acordado acoger el texto aprobado por la Plenaria del honorable Senado de la República, en el entendido de que dicho texto se adecua mejor al objeto y espíritu del proyecto de ley.

Con la anterior decisión el texto conciliado, finalmente sancionado y publicado en el Diario Oficial, es el siguiente:

Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Artículo 2º. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo, Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.

Es importante destacar, según lo transcrito, que el propósito de la conciliación fue aclarar el contenido y alcance del artículo primero del proyecto. De manera que el artículo segundo no ofreció discusión alguna en este mismo sentido, tanto que no determinó la convocatoria a la Comisión de Conciliación.

Luego de hacer este recorrido, en el contexto del debate legislativo, para la Sala es claro que el propósito del legislador fue darle solución a la polémica surgida entre las altas Cortes, a propósito de la jurisdicción competente para conocer de algunas controversias, así como para dilucidar, al interior del Consejo de Estado, sus propias dificultades para resolver con claridad los problemas de las Empresas de SPD, que sirvieron de base a la exposición de motivos del proyecto de ley, como también a todas las ponencias en cada uno de los debates.

Ante este panorama controversial, el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como factor de distribución de competencias, al "criterio orgánico", donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado.

Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no se incluyen las relacionadas con los ejecutivos de facturas del servicio, las cuales se continuarán tramitando ante la justicia ordinaria, en los términos previstos en el artículo 130 de la ley 142 de 1994.

Todo indica que esta misma filosofía la adoptó España, según dice Oriol Mir Puigpelat, pues "Como ya sabemos los dos primeros preceptos coinciden en exigir, para que nazca la responsabilidad administrativa, que la lesión derive del 'funcionamiento (...) de los servicios públicos'. La doctrina y la jurisprudencia dominantes vienen considerando, siguiendo a GARCIA DE ENTERRÍA, que por 'funcionamiento de los servicios públicos' debe entenderse, a efectos de la responsabilidad e la administración, toda la actividad típicamente administrativa, y no ya sólo el concreto sector, de tipo prestacional, denominado habitualmente 'actividad de servicio público'. Se efectúa, pues, una interpretación subjetiva del término 'servicios públicos', puesto que es definido no en función de un concreto contenido material, sino de un sujeto determinado: la Administración pública."

A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

i) Debe 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:

Art. 40. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. El artículo 132117 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: (...)

"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.

Art. 42. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS. Adiciónase el Título 14 del Libro 3o. del Código Contencioso Administrativo con un Capítulo III del siguiente tenor:

"Artículo 134B122. 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 anterior.

### **3. EL CASO CONCRETO.**

Se demandó a la empresa Aguas de Rionegro SA. ESP., por la expedición de la Resolución No. 04 de 27 de junio de 1997, mediante la cual se adjudicó la licitación No. 001 de 1996, cuyo objeto era la "operación del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Rionegro" -fl. 48, Cdno. 1-. La demandada es una empresa mixta prestadora de servicios públicos domiciliarios, según certificado visible a folio 484 del Cdno. 1.

Dice el actor que el a quo declaró la nulidad del proceso, por falta de jurisdicción, entre otras razones, resumidas en el capítulo correspondiente, porque la demandada es una empresa de SPD, de carácter mixto, y, por tanto, el juez de las controversias es el ordinario.

Para la Sala el auto apelado se debe revocar, porque ésta jurisdicción es competente para conocer del conflicto provocado por el actor. Varias razones apoyan esta decisión.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, a la fecha, existe una ley que ha aclarado el problema de la jurisdicción competente, cuando una de las partes es una empresa de SPD, la cual, por demás, es de aplicación inmediata, pues, según el art. 3 de la ley, "... tiene vigencia a partir de su promulgación."

Precisamente, este tipo de casos -responsabilidad contractual y precontractual- fueron los que dieron origen a la necesidad de expedir una ley que resolviera, de una vez por todas, los conflictos de competencias entre las distintas jurisdicciones, y más en los SPD, donde el problema era de por sí agudo.

Por esa razón se dijo, en el art. 1 de la ley 1.107 de 2006, que ella aplica a "... 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".

Para resolver el caso concreto, según se advierte, la Sala no entra a analizar si el contrato guarda relación o no con el servicio público -criterio que invoca el art. 132.5 CCA.-, o si tiene o no cláusulas exorbitantes -criterio que invoca el art. 31 de la ley 142-, pues, para la fecha, estos fundamentos han quedado superados, con la entrada en vigencia de la ley 1.107, que, como se dijo, se atiende al factor orgánico, no material o funcional, para definir la competencia a favor de esta jurisdicción.

Sobra decir, al argumento del actor, según el cual las normas del proceso de contratación son predominantemente públicas, y que por eso el juez de la controversia debe ser el contencioso administrativo, que ni hoy, ni antes de la ley 1.107 de 2006, este criterio ha definido al juez de las controversias, como

insistentemente lo ha sostenido esta Sala. En efecto, se ha dicho que un contrato puede regirse por el derecho privado y su juez ser el administrativo, pues esto depende de la competencia jurisdiccional que asigne el legislador para conocer del mismo.

Ahora, hay que tener en cuenta que el párrafo del art. 2 de la ley 1.107 no excluyó este tipo de controversias del conocimiento de esta jurisdicción, pues, según se analizó, a juzgar por los antecedentes legislativos de la norma, debe entenderse que la jurisdicción ordinaria sólo conocerá de los ejecutivos de facturas del servicio. En el caso concreto, se trata de una demanda contra el acto que adjudicó un contrato, materia que no fue excluida del campo de aplicación de la nueva ley.

En segundo *lugar*, resta por considerar si la demandada, Aguas de Oriente SA ESP., empresa con capital mixto, puede ser traída ante esta jurisdicción, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica. En otros términos, la pregunta hace referencia a si este tipo de empresas son entidades públicas, requisito para ser llevado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Sala, en esta ocasión, reiterará su jurisprudencia reciente sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD, la cual fue expuesta en la sentencia de marzo 2 de 2006 -CP. Alier E. Hernández Enríquez. Exp. 32.302-, donde se dijo que, efectivamente, son entidades estatales.

Se dijo en esa ocasión, que se trascibe *in exfeso*, por ser completamente pertinente para estos efectos, que:

“... La **tesis positiva**, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones.

“En *primer lugar*, 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.

“En segundo lugar, 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. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común.

“Este tipo de diferencias, a lo sumo, sirven para caracterizar, al interior de una misma categoría de entidades, las particularidades de unas y de otras, sin que de allí se siga que ostentan una naturaleza diferente. No entenderlo así implicaría asignarle a cada entidad que no se enmarque en un esquema común, entre una tipología de entes públicos, una categoría autónoma, en forma por demás injustificada.

“En *tercer lugar*, también 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 concurra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.

“El problema que estudió la Corte radicaba en que el inciso 2, del artículo 97, disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50% del capital social, de manera que, por exclusión, se entendía que cuando la participación era inferior la entidad se consideraba privada. La Corte dijo al respecto, en la sentencia citada, que:

“4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7°, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta”, al igual que en los artículos 300 numeral 7° y 313 numeral 6° dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de “hacer las leyes” dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. **Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”,** pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7° de la Constitución.

**De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera**

**inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.**

4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.

“Encuentra la Sala que, el inciso 2 declarado inexecutable, no se distingue, en lo sustancial, del actual artículo 14.6 de la ley 142\_. Esta norma incurre en el mismo vicio advertido por la Corte frente al inciso 2, del artículo 97, de la ley 489; luego, es preciso inaplicar por ser inconstitucional -en virtud del mandado contenido en el artículo 4 de la Carta Política-, para hacer prevalecer las Normas Constitucionales, en las mismas condiciones, y con los mismos argumentos, con que lo hizo la Corte en la sentencia C-953.

“En cuarto lugar, 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.

“Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque -según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, 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**”

“De otro lado, 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.” (Negrillas fuera de texto). 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.

“Estas ideas -con sus correspondientes problemas- se reiteran en el art. 68 de la misma ley 489, el cual determina, en los siguientes términos, los entes que integran las entidades descentralizadas:

ARTICULO 68. Entidades descentralizadas. 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.** Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (Negrillas fuera de texto)

“En relación con esta norma reitera el anterior criterio, es decir, que 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.

“En *quinto lugar*, 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.

“Pudo, en principio, ser innecesario que la ley 489 hubiera prescrito explícitamente que las empresas oficiales de SPD integran la estructura del Estado, porque bastaba con la referencia a las “empresas industriales y comerciales del Estado” para que tales entidades se entendieran incluidas. El problema radica en que 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”, a su libre elección\_.

“De manera que 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; de ahí que fuera necesaria la expresa previsión que se hizo en los arts. 38 y 68, de que hacen parte de tal estructura las empresas oficiales de SPD a fin de recoger en este concepto las dos formas jurídicas que ellas pueden adoptar.

“De allí que la Sala entienda que la referencia expresa, en ambos artículos, a este tipo de empresa, no significa que las mixtas de SPD hayan quedado excluidas de la estructura del Estado, pues ellas quedaron recogidas en otros apartes de los artículos citados, según se acaba de ver.

“En *sexto lugar*, 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, pues con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; lo cual es a todas luces un despropósito, como lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999\_.

“Puede ocurrir, perfectamente, que una entidad estatal se cree o rija, en mayor o menor medida, según las reglas propias del derecho privado, lo que no la convertirá en privada, pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos -pero no en forma absoluta- tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública. Incluso puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto.

“En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de SPD pertenecen a la estructura del estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la ley 489 de 1998... (...)

“En estas condiciones, la Sala, además de ratificar la competencia para conocer del recurso de anulación, cuando quiera que una de las partes del proceso arbitral entre empresas de SPD sea una empresa mixta, adiciona los argumentos expuestos en esa ocasión, para confirmar el criterio adoptado por la Sala.”

La anterior providencia fue reiterada, posteriormente, en la sentencia de abril 27 de 2006. -CP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 30.096. Actor: Gloria Mosquera de Rivera. Ddo.: ETB-. En esta ocasión se dijo, de nuevo, que las empresas mixtas de SPD eran entidades descentralizadas.

Finalmente, a las anteriores razones puede agregarse una más. El parágrafo del artículo 7 de la ley 226 de 1995 dispuso que “Los programas de enajenación de acciones cuya titularidad corresponda a las entidades territoriales, de las **sociedades de economía mixta teleasociadas**, en las cuales exista participación de capital de Telecom, sólo podrán ejecutarse a partir de 1o de enero de 1998.” (Negrillas fuera de texto).

Esta norma significa que, para el legislador, las empresas mixtas de SPD son precisamente sociedades de economía mixta, de manera que en esta ley la calificación o el reconociendo es expreso, y eso debe reflejarse en la claridad que debe tener el tema.

Aplicadas estas ideas al caso concreto se tiene que el conflicto suscitado contra Aguas de Rionegro SA ESP., empresa mixta de SPD, cuyo capital estatal -superior al 90%- cumple con las condiciones establecidas en la ley 1.107 de 2006 para que sus controversias, excepto los ejecutivos de facturas del servicio, sean conocidas por esta jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, se

## **RESUELVE**

**Primero.** Revócase el auto apelado, proferido el 16 de febrero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Segunda de Decisión-.

**Segundo.** Remítase al Tribunal de origen, para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ  
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO  
con salvamento de voto

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO  
(Aclaro voto)

SAAVEDRA

BECERRA

Dispuso el artículo 31 original de la ley 142 -posteriormente reformado por la ley 689 de 2001-: "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 32231 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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.**" (Negritas fuera de texto)

En el mismo sentido, el parágrafo del art. 8 de la ley 143 de 1994 dispuso que "Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria. (...)

"PARÁGRAFO. El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública."

Dijo el inciso 3 del artículo 130 original -posteriormente reformado por la ley 689 de 2001-que "Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial."

Dispuso el artículo 40: "Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132117 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"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." (Negritas fuera de texto)

Decía el parágrafo del art. 164 que "Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley."

Dice el nuevo art. 31 que "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de 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."

Por su parte, el nuevo art. 130 dispone, en lo pertinente, que "Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los "deberes especiales de los usuarios del sector oficial.

"PARÁGRAFO. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma."

Dice el art. 1 "Readecuación temporal de competencias previstas en la ley 446 de 1998. El párrafo del artículo 1643 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

"**Parágrafo.** Las normas de competencia previstas en esta ley se aplicarán, mientras entran a operar los Juzgados Administrativos, así:

"Los Tribunales Administrativos conocerán en única instancia de los procesos cuyas cuantías sean hasta de 100, 300, 500 y 1.500 salarios mínimos legales

mensuales vigentes previstas en el artículo 424, según el caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de los montos. Asimismo, en única instancia del recurso previsto en los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, en los casos de los municipios y distritos y de los procesos descritos en el numeral 9 del artículo 134b7 adicionado por esta ley, salvo los relativos a la acción de nulidad electoral de los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, que serán revisados en primera instancia”.

“Los Tribunales Administrativos continuarán, en única y primera instancia, con el ejercicio de las competencias de que tratan los artículos 3912 y 4013.

“Las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los Tribunales Administrativos según artículo 4114, corresponderán en segunda instancia al Consejo de Estado. Y las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los Jueces Administrativos según el artículo 4215, corresponderán en segunda instancia a los Tribunales Administrativos.

“El Consejo de Estado asumirá en única y segunda instancia, las competencias asignadas en los artículos 3616,3717 y 3818.

“Las competencias por razón del territorio y por razón de la cuantía, previstas en el artículo 4319 de la Ley 446 de 1998, regirán a partir de la vigencia de la presente ley.”

Dice esta ley: “Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la videncia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

Dice el art 254 que “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

“6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.”

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de 25 de mayo 2005, Rad. 11001 01 02 000 2005 00119 00/546C

Se ha reiterado en diversas oportunidades, como ha ocurrido, por ejemplo, con las demandas de responsabilidad extracontractual presentadas contra las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en las que se ha atribuido la competencia al Tribunal Administrativo del Valle: en providencia del 29 de noviembre de 2004<sup>10</sup>, en demanda mediante la cual se reclamó la indemnización de las lesiones causadas a una persona por la caída de un poste de la empresa. En providencia de cuatro de agosto de 2004<sup>10</sup>, en el caso de la muerte de un directivo sindical. En la misma fecha<sup>10</sup>, la demanda por quemaduras causadas a una persona en la instalación de líneas de conducción eléctrica. El siete de julio de 2004<sup>10</sup>, en la demanda por un accidente de tránsito causado por escombros dejados en una vía, por trabajadores de esa empresa. A la misma conclusión se llegó, en providencia del 13 de octubre de 2004<sup>10</sup>, en la que se reclamaron los daños causados por un camión recolector de basuras, de propiedad de la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali, EMSIRVA E.S.P. a una vivienda.

Dijo el Consejo Superior que “El caso que se somete a decisión de la Sala en el presente conflicto, se relaciona con la controversia motivada por un hecho de la administración, en cuanto el fundamento de la demanda es la falla en el servicio por la falta de previsión, falta de mantenimiento de las redes de conducción eléctrica, que contribuyó a que una de las líneas se cayera y ocasionara la muerte, por la descarga eléctrica en la humanidad de José Eduardo Sierra Vanegas, lo que origina una responsabilidad de reparación directa, según lo preceptúa el artículo 86 del C. C. A., cuyo conocimiento no está atribuido a la jurisdicción ordinaria por la ley 142 de 1994 [artículo 33], puesto que –como se vio- esta clase de responsabilidad fue expresamente exceptuada del régimen privado en dicha normatividad y, por lo mismo, la competencia para su determinación fue puesta en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“En efecto, es claro que la eventual responsabilidad que le pueda caber a las demandadas proviene de omisiones en el uso de los derechos y prerrogativas que dicha empresa tiene para el uso del espacio público...

“De manera que es claro que a la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde conocer de *“tales juicios derivados de responsabilidad estatal”*, como el que es materia aquí de controversia, independientemente de que haya variado su naturaleza jurídica, por establecerlo así el legislador en forma explícita en los artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo, subrogados por los artículos 12 y 13 del Decreto 2304 de 1989”.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de 4 de mayo de 2005, Rad: 11 0010102 000 2005 00557 00.

Esta posición fue reiterada en la sentencia del 26 de junio de 2005, en la demanda de unos particulares por las lesiones causadas a una persona por un vehículo de la empresa.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de primero de junio de 2005, rad. 110010102000200500765-01. En auto del 31 de mayo de 2004 -rad. 20040295 01 388 C, determinó que en una demanda de responsabilidad civil extracontractual, de un particular contra Telecom, por la pérdida de un vehículo, la competencia era la jurisdicción ordinaria, dado que

se aplicaba el régimen de derecho privado establecido en el artículo 32 de la ley 142 de 1994.

Dijo el Consejo Superior que “Así pues, salvo las excepciones contenidas en norma Superior o en otras disposiciones contenidas en la propia Ley, como las señaladas en su artículo 33, el régimen jurídico llamado a regular los actos de las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios, la constitución de las misma como tales, los requeridos para ser administradas, el ejercicio de sus derechos y el de todas las personas socias de ellas, es el de Derecho Privado, y en consecuencia por regla general, **las controversias derivadas de la actividad correspondiente a su objeto social u organizacional**, son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria”.

Dijo la Sección tercera que “Como en el presente caso se demanda a las Empresas

Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. por una falla del servicio, la demanda debió ser presentada ante la justicia ordinaria tal como lo establece el artículo 32 de la ley 142 de 1994, ya que no encaja dentro de aquellos supuestos excepcionales que corresponde conocer a esta jurisdicción”. -Sentencia del 30 de agosto de 2001, Exp. No. 19263-.

Dijo la Sala que «El artículo 32 de la ley 142 de 1994 establece que ‘la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado’. Así, conforme al pronunciamiento citado, y a otros que adoptan idéntica decisión, la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer las demandas por responsabilidad extracontractual presentadas contra una empresa de servicios públicos domiciliarios se deriva del hecho de que el régimen a ellas aplicable

El artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 establecía lo siguiente: “Artículo 31. De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las Sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos”.

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente: “Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, **que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley**, y que reúnen las siguientes características: (...)” (Subraya la Sala)

Como se expondrá más adelante, un litigio de carácter administrativo debe ser entendido, en los términos del Código Contencioso Administrativo, como aquél que surge del ejercicio de potestades inherentes al Estado. Por esa razón

la Sala considera necesario señalar, a pesar de no ser materia de esta providencia, que las controversias que surgen por el hecho del legislador o del juez, entre otras, son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues provienen del ejercicio de facultades propias del Estado, como son las de administrar justicia y expedir las leyes. Lo anterior se comprueba con el hecho de que el legislador haya atribuido a esta jurisdicción, en leyes especiales, la competencia en casos como los mencionados. A manera de ejemplo, se deben señalar el art 73 de la Ley 270 de 1996 y el art. 78 del C.C.A.

Sentencia de marzo 1 de 2006. CP. Alier E. Hernández Enríquez. Actor: Luis Enrique Cobo y otros. Exp. 21.700.

Dijo la Sección -sentencia de 28 de septiembre de 2006. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.852- que "... como la ley especial sobre servicios públicos domiciliarios no contiene norma sobre la atribución judicial de conocimiento respecto de hechos generadores de responsabilidad extracontractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como es el caso aquí demandado, puede concluirse con base en las tareas legales que tiene el demandado del prestador de servicio público domiciliario que su juez natural lo constituye la Justicia Ordinaria y no es la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

Agregó la sentencia que "... Los actos de las empresas de servicios no están sometidos a un régimen uniforme porque pueden ser privados o administrativos, según el caso. Asimismo los contratos estarán sometidos, unos al régimen privado y a la jurisdicción ordinaria para dirimir sus controversias; y otros, como los de servicios públicos, sometidos predominantemente al derecho público, ventilables sus conflictos ante la jurisdicción administrativa, como sucede también con aquéllos que posean cláusulas exorbitantes."

Dice la providencia que "Se observa así la relatividad de ese régimen privado, especialmente en lo que toca con los contratos de servicios públicos domiciliarios (relación empresa - usuario) en los cuales es de su esencia que éste pueda presentar a aquélla peticiones, quejas y recursos relativos a los mismos (art 152); y con los actos administrativos que las empresas puedan dictar con apoyo en dichos contratos. Frente a los contratos, no sólo porque la relación usuario - empresa es de derecho público, sino porque en éstos no rigen en todo su integridad los principios de la autonomía de la voluntad, la libre discusión de sus derechos y obligaciones y la igualdad de las partes, tan caros en la contratación típicamente privada. Y frente a los segundos, porque los actos que expiden las empresas con apoyo en los citados contratos, serán administrativos; y por ende, estarán amparados con la presunción de legalidad y dotados del privilegio de la ejecución de oficio, como sucede con los que reconocen a las empresas oficiales deudas derivadas de la prestación de dichos servicios, las cuales podrán hacerlas efectivas a través de la jurisdicción coactiva (art 130). Actos administrativos que son susceptibles de los recursos de reposición ante la misma empresa y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art 154)."

Dijo la Sala que "A pesar de que tanto el art. 31 de la Ley 142 de 1994 como el art. 8º de la Ley 143 del mismo año parecieran limitar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes derivados de las cláusulas

exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la contienda de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias.”

Dijo la Sala que “Como se pudo observar el conocimiento judicial por la justicia ordinaria y por la de lo contencioso administrativo en los asuntos de las empresas de servicios públicos domiciliarios estatales o no continúa idéntica en materia de los contratos que celebren, de los actos precontractuales y de los actos contractuales, con la reforma introducida a la ley 142 de 1994 con la ley 689 de 2001.

“Así como la Sala destacó antes el supuesto cualitativo 'por las cláusulas exorbitantes', o en el pliego de condiciones o en el contrato que celebran las empresas de servicios públicos domiciliarios para determinar o que un acto precontractual, o un contrato o un acto contractual de una empresa aquellas sea de conocimiento de esta Jurisdicción, resulta obvio que si se sustrae ese supuesto cualitativo -de cláusulas exorbitantes- en relación con el acto contractual el asunto es de conocimiento de la justicia ordinaria, salvo la excepción prevista en el parágrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994...”

Dijo la Sala que “En consecuencia ese ordenamiento jurídico es indicador claro de que las conductas que son de conocimiento de esta justicia deben estar relacionadas a la función

Dijo esta misma providencia que “En vigencia de ese artículo, 31 original de la ley 142 de 1994, el Consejo de Estado ha explicado<sup>28</sup> con fundamento en la ley, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y en la Sección Tercera, que la Justicia Ordinaria es la que debe conocer, por lo general, de las controversias en las cuales hagan parte las empresas de servicios públicos domiciliarios - estatales o no - o como demandantes o como demandadas; y que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce sólo de los conflictos en los cuales esté presente cualquiera empresa de servicios públicos domiciliarios, igualmente o como demandante o como demandada, siempre y cuando la conducta que se le impute sea una de las siguientes:

- de los **actos precontractuales** cuando en los pliegos de la licitación se indique en la minuta del contrato, que ésta contiene cláusulas exorbitantes;
- de las relacionados con sus **contratos** cuando éstos contengan cláusulas exorbitantes;

1. de los “**actos administrativos contractuales**” referidos a la utilización de las cláusulas exorbitantes (inc. 2º art. 31), de una parte, y de los dictados dentro de la relación empresa -usuarios atinentes a la suspensión, corte y facturación, de otra parte (arts. 140, 141 y 154 ibídem).

(...)

“Como se pudo observar el conocimiento judicial por la justicia ordinaria y por la de lo contencioso administrativo en los asuntos de las empresas de servicios públicos domiciliarios estatales o no continúa idéntica en materia de los contratos que celebren, de los actos precontractuales y de los actos

contractuales, con la reforma introducida a la ley 142 de 1994 con la ley 689 de 2001.

“Así como la Sala destacó antes el supuesto cualitativo “por las cláusulas exorbitantes”, o en el pliego de condiciones o en el contrato que celebran las empresas de servicios públicos domiciliarios para determinar o que un acto precontractual, o un contrato o un acto contractual de una empresa aquellas sea de conocimiento de esta Jurisdicción, resulta obvio que si se sustrae ese supuesto cualitativo - de cláusulas exorbitantes - en relación con el acto contractual el asunto es de conocimiento de la justicia ordinaria, salvo la excepción prevista en el parágrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994. En efecto:”

Dice la providencia citada que "En primer lugar, es necesario indicar que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998 y el artículo 1° de la ley 954 de 2005<sup>29</sup>, los Tribunales Administrativos conocerán de los procesos referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes. Esta norma, al entrar en vigencia, ha puesto fin, en buena medida, a la indefinición de las competencias jurisdiccionales para conocer de las controversias contractuales de las distintas entidades públicas, atendiendo al régimen jurídico que les es aplicable.

“Según el numeral 5 citado, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los asuntos relativos a contratos celebrados por entidades estatales, sin importar, por consiguiente, si se trata de contratos celebrados bajo las disposiciones de la ley 80 de 1993, o si se trata de aquéllos que se rigen por las normas del derecho privado, o por otras normas, salvo - claro está - que exista una disposición legal, de carácter especial, vigente que haga una particular atribución de competencia.

“Tal es el caso de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, las que, a tono con la misma disposición, y por regulación expresa contenida en la ley 689 de 2001 -modificatoria del art. 31 de la ley 142 de 1994-, sus controversias contractuales las dirime la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se incluyan forzosamente o se utilicen las cláusulas exorbitantes<sup>29</sup>. Para la Sala, este mismo criterio de competencia aplica cuando las cláusulas exorbitantes se incluyen por autorización expresa -a solicitud de las empresas- de la Comisión de Regulación respectiva, porque la utilización de ellas se hace por medio de actos administrativos, cuyo control judicial es exclusivo de esta Corporación, por la reserva jurisdiccional que existe en esta materia en la Constitución Política -art. 238-.

“Bajo este contexto, se concreta en una norma general la solución que la jurisprudencia venía planteando en materia de competencia en los supuestos en que una entidad de derecho público quedaba sujeta, en materia contractual, a las disposiciones del derecho privado. Obsérvese que el numeral 5 del art. 132 no atribuyó la competencia jurisdiccional en razón de los “contratos estatales” sino en razón de los contratos celebrados por “entidades estatales”, sin tener consideración alguna con el régimen sustantivo que le sea aplicable al contrato. En otros términos, la ley optó, para estos casos, por un criterio orgánico de definición de competencias.”

El tema sigue latente, porque las posiciones posibles, frente al problema, son dos: que el art. 132.56 se encuentra derogado por la ley 689 de 2001, norma

posterior, porque ésta se refirió a la competencia jurisdiccional, en sentido diferente a la ley 446. La otra posición podría sostener que las leyes 446 y 689 se complementan, de manera que están vigentes.

Sentencia de 6 de junio de 2002. Exp. 20.634. Actor TELECOM, demandado NORTEL NETWORKS DE COLOMBIA S.A.

En este sentido ver, entre otras, la sentencia de agosto 1 de 2002. Exp. 21.041. CP. Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Electrificadora del Atlántico SA ESP. Dda: Termorío SA ESP-

Dice esta norma que: "Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

"5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión."

Ver sentencia de octubre 30 de 2003. Impugnante: Acuantioquia S.A. ESP. Exp. 25.155. Igualmente, sentencia de marzo 2 de 2006. Impugnante: Coreka ESP. Exp. 29.703.

En el auto de esta sección, de febrero 17 de 2005 -CP. Alier E Hernández Enríquez. Exp. 27.673- se dijo que "Así, los principios que rigen la función administrativa, como especie de la función pública, se aplican también a la prestación de los servicios públicos, a condición de que fueren compatibles con su naturaleza y régimen; ello implica que la prestación de los servicios públicos no es una función pública y que el legislador debe determinar, en cada caso concreto, si considera que los principios mencionados les son o no aplicables.

"Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como función pública. Esta concepción se explica si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad."

Alberto Montaña Plata. "Implicaciones del régimen normativo de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas con ocasión del conocimiento de sus controversias por parte de la jurisdicción contencioso administrativa". Artículo publicado en el libro colectivo denominado "Naturaleza Jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas", editado por la empresas ISA SA. ESP. Medellín. 2.006. Pag. 51.

En la sentencia C-1436 de 2000 dijo la Corte Constitucional que la "Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez

contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición. (...)

“Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.”

Dice la exposición de motivos que “De esta rápida reseña jurisprudencial se deduce que existen criterios encontrados en los altos tribunales a los que se ha hecho alusión, en lo que tiene que ver con la definición de un criterio material de competencia, tal como lo establece el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuando se refiere a litigios y controversias **administrativos**.”

Dice el informe de ponencia que “La modificación propuesta por el Senador Darío Martínez aporta un criterio de competencia para las entidades públicas y las privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, pero no deja muy claro qué pasa con las sociedades de economía mixta.

“Para resolver el problema, proponemos aclarar, que dentro de las entidades públicas se entienden incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%.”

En este sentido dice que “El Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura vienen abordando el mismo problema jurídico desde una perspectiva distinta. Mientras que el Consejo de Estado se remite al artículo 82 del CCA, por considerar que no existe una regla de competencia establecida de manera expresa en la ley para resolver los asuntos que tienen que ver con empresas de servicios públicos domiciliarios, el Consejo Superior de la

Judicatura -en los autos citados por el autor- no basó su fallo en consideraciones interpretativas sobre el artículo 82, sino en la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios.

“En efecto, el máximo tribunal consideró -en unas ocasiones- que el daño extracontractual es ocasionado por un hecho de la administración, diferente de los actos que corresponden a la jurisdicción ordinaria a los que se hace referencia el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, y en otras, que el régimen jurídico llamado a regular los actos de las ESP, es el de derecho privado, y en consecuencia, por regla general, las controversias derivadas de la actividad correspondiente a su objeto social u organizacional, son de competencia de la jurisdicción ordinaria.” (Negritas fuera de texto)

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Ed. Chatas. Madrid. 2000. Págs. 142 a 143.

En este mismo sentido, dice NELSON R. MORA G. que “La acción ejecutiva se dirige contra el Estado por intermedio del juez, a fin de solicitar de este la tutela jurídica para obligar al deudor al pago o ejecución de una obligación contenida en un título ejecutivo, título que por su sola apariencia se presenta como indiscutible para el juez y contiene un derecho reconocido previamente, a favor del acreedor y a cargo del deudor; por ello, el órgano jurisdiccional del Estado puede actuar coercitivamente contra el deudor y sus bienes, imponiéndole la obligación de pagar, dar, hacer o no hacer.” (Procesos de ejecución. Ed. Temis. Bogotá. 1972, pág. 31)

Agrega que “El juicio ejecutivo, más que un juicio, es un procedimiento por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo”

Sobre este tema ha dicho esta Sala que “En efecto, mediante sentencia de abril 9 de 1997, el Consejo de Estado sostuvo que:

‘El asunto era de dos instancias- como se dijo- cuando se inició (art. 32 ordinal 2º literal f) del decreto 528 de 1.964). El nuevo código lo hizo de única (art. 131 ni. 10 del c.c.a) y su aplicación es inmediata. Habría tenido segunda instancia si la apelación se hubiera producido antes de la vigencia del nuevo código (se subraya).

‘En materia procesal no existe derecho adquirido a un determinado procedimiento, ni a un número prefijado de instancias. El proceso iniciado como de dos, puede volverse de única o viceversa. Sólo por excepción se quiebra el principio (se resalta)

‘y aunque el profesor Hernando Morales coincide con el pensamiento del señor Consejero Valencia en cuanto afirma en su obra “Curso de Derecho Procesal Civil” (parte general, pag 182, edición ABC 1.985) que “las leyes sobre jurisdicción y competencia no versan sobre sustanciación y ritualidad de los juicios ni tienen el carácter de instrumentales, sino que a la vez que estructuran el proceso son garantías constitucionales”, sí agrega otras apreciaciones que refuerzan la posición de la Sala. Así, “por eso (las leyes sobre jurisdicción y competencia, se entiende), son de aplicación inmediata a los procesos en curso, salvo que digan otra cosa, con base en el Art. 18 de la ley 153 de 1887 (Giraldo Zuluaga T.m.p.22), sin que se aplique a ellas la perpetuado jurisdictionis (se subraya)’.

“Por tanto, si por ley varía el juez competente, deben enviarse a quien en lo sucesivo lo fuere, los procesos en curso, pues se trata de competencia, que es de orden público”.

De hecho, no hay cláusulas exorbitantes, a juzgar por el pliego de condiciones del proceso de contratación.

Dispone este inciso que “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.”

El artículo 14.6 dice que: “Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

Esta posibilidad está contemplada en el art. 17 de la ley 142, el cual establece:

“NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

“PARÁGRAFO lo. 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.”

Dijo la Corte, con franco error, que “Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la *constitución* de dichas empresas a 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.”

Dice esta sentencia con acierto, y en contradicción con la anterior sentencia, que “4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.”

Según la escritura pública de constitución, que obra a fls. 84 y ss