

Los servicios públicos domiciliarios en el derecho administrativo

José Antonio Molina Torres

A. Introducción

El presente artículo reflexiona sobre aspectos del derecho administrativo, donde la preceptiva rectora de los servicios públicos domiciliarios incide de manera relevante.

Como es bien sabido, en el caso colombiano la prestación eficiente de los servicios públicos en general, y de los domiciliarios en particular, ha mostrado demasiadas falencias en cabeza del Estado, de suerte que su prestación ha venido tomando cuerpo a través de los particulares, por la sencilla razón de que constituyen un negocio rentable. La paulatina incursión de los particulares en la prestación de los servicios públicos puso en crisis la división tajante que siempre se hacía entre derecho público y derecho privado. Algunos han hablado de la huida del derecho público. Dejémonos de eufemismos, considero mejor hablar del desenvolvimiento del derecho en general, que, merced al creciente protagonismo de los particulares en la esfera de los servicios públicos, ha recalado en un derecho mixto, donde algunas veces prevalece la normativa pública y en otras la normativa privada. Como siempre, el Derecho está llamado a jugar un papel socialmente destacado en la interpretación de la realidad que le atañe, pese a que en ciertos casos la traiciona por la instrumentalización que realizan los “factores reales de poder”.¹

En este horizonte la Constitución Política de 1991 elevó a rango superior la facultad que tienen los particulares para desempeñar funciones administrativas, cuyo desarrollo legal se cristalizó en ciertos aspectos a través del régimen jurídico especial que habría de gobernar las actividades de los agentes prestadores de servicios públicos domiciliarios, donde, tanto las entidades estatales como los particulares pueden cumplir funciones administrativas.

¹ Concluyendo a partir de las enseñanzas de Ferdinand Lasalle.

Al efecto, según se verá en líneas posteriores, el Legislador estableció un régimen de aplicación prevalente para estos servicios públicos, el cual se impone y se mezcla con las prescripciones generales de varios estatutos públicos y privados, con especial incidencia en la geografía del derecho administrativo.

Así entonces, para mayor ilustración, primeramente, se destacarán las características de estos servicios públicos a la luz de la Constitución y la ley (B), para luego estudiar la anunciada incidencia de los servicios públicos domiciliarios en la esfera del derecho administrativo (C). Por último, se presentarán las conclusiones (D).

Al respecto es dable expresar lo siguiente:

B. Características

La Carta Política de 1991 les dio especial importancia a los servicios públicos domiciliarios, pues a todas luces su prestación eficiente hace parte de las condiciones de vida digna que todos los habitantes del país merecen. En tal sentido, de los artículos 365 a 370 de la Carta, así como del artículo 4 de la Ley 142 de 1994, se derivan las siguientes características:

I. Son inherentes a la finalidad social del estado

En esta dimensión conviene recordar que el primer inciso del artículo 365 superior alude a los servicios públicos en general, lo cual entraña válidamente a los servicios públicos domiciliarios en particular. Tal vez se habría podido decir que los servicios públicos son inherentes a las finalidades sociales del Estado, esto es, en plural, según términos del artículo 366 ibídem, el cual proyecta esas finalidades hacia el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, cuya génesis histórica la podemos hallar en la reforma constitucional de 1968 en torno a la intervención del Estado en la economía.

Como se puede apreciar, ese compromiso del Estado para con las finalidades sociales se predica fundamentalmente de los servicios de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, de suerte que aquí se reivindican los servicios públicos domiciliarios de agua potable, alcantarillado y aseo. Tales servicios (cual componentes del gasto público social) deben gozar de los correspondientes proyectos de inversión en los planes de desarrollo y de las correlativas apropiaciones presupuestales en las leyes, ordenanzas y acuerdos anuales de presupuesto. Al respecto, en el ámbito presupuestal estos servicios

públicos domiciliarios encuentran especial referente en el sistema general de participaciones, cuyos destinatarios y ejecutores son los departamentos, los distritos y los municipios, según lo prevé el artículo 356 constitucional. A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas finalidades sociales se enlazan con los mandatos del artículo 2 superior, dado el deber jurídico que tienen las autoridades públicas de garantizar la concreción de los principios, derechos y deberes que destaca la Constitución.²

Sin lugar a duda, en el espectro de las finalidades sociales del Estado el aseguramiento de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y aseo comporta el deber de las autoridades de ubicarse en la posición de los destinatarios para entender sus necesidades y adoptar la mejor manera de solucionarlas, o como dicen algunos: “*desplazarse del escritorio al territorio*”.

II. El Estado debe garantizarlos

Con arreglo al nuevo ordenamiento constitucional, en principio el Estado solo tiene el deber de asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no de prestarlos.³ Al respecto, le corresponde al Congreso hacer la ley rectora de tales servicios; con apoyo en esta ley el presidente de la República tiene la competencia para fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos servicios, para lo cual puede delegar su competencia en las comisiones de regulación (la CREG y la CRA), como en efecto lo ha hecho, sin perjuicio de la función reglamentaria que es de su resorte exclusivo.⁴ Concurrentemente obra la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, así como los controles propios del Ministerio Público, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales; el control interno, la auditoría externa, los comités de desarrollo y control social, etc.

Ese papel del Estado (en cuanto mero garante), puede mutar por el de prestador directo de los mencionados servicios, cuando quiera que no existan agentes económicos interesados en prestarlos en determinados municipios. En dichas circunstancias, los municipios afectados por la carencia de uno o más de tales servicios públicos, de manera subsidiaria deberán asumir su prestación en cuanto dispongan de la suficiente capacidad financiera, técnica y operativa.

² Corte Constitucional, sentencias C-066 de 1997, C-636 de 2000, C-1371 de 2000, C-389 de 2002 y C-075 de 1996. El concepto de servicio público en el desarrollo administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002 (93).

³ Ob. Cit., pág. 94.

⁴ Corte Constitucional, sentencias C-272 de 1998, C-1162 de 2000, C-150 de 2003 y C-396 de 2006.

Cuando los municipios no tengan la capacidad suficiente, les corresponde a los departamentos prestar los mentados servicios públicos, y si estos tampoco tienen la capacidad necesaria, le compete a la Nación asumir su prestación.

Desde luego que alguien tiene que responderle a la comunidad por la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y ello es así, por la sencilla razón de que tales servicios tienen una íntima ligazón con los derechos fundamentales, en el entendido de que el agua potable, per se, es un derecho fundamental.⁵

El papel de garante y/o de prestador de los servicios públicos domiciliarios que debe protagonizar el Estado, toma especial relevancia en el principio fundante de respeto a la dignidad humana, de acuerdo al cual le corresponde al Estado promover y garantizar las condiciones necesarias para que las personas puedan acceder a la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, al mínimo vital, entendido este como el derecho que tienen las personas a comer, beber, usar vestido, disponer de vivienda, a gozar de los servicios de salud y educación, y por supuesto, a disfrutar los servicios públicos domiciliarios. Y claro, según lo enseñan las reglas generales de la experiencia, después de satisfacer sus necesidades básicas la persona está en condiciones de acceder con alguna propiedad a la filosofía, al arte, a la política, etc. En este punto conviene recordar que la persona es la razón de ser y el fin último del Estado,⁶ sin perjuicio de los derechos de los demás animales y de la naturaleza.

III. Su prestación debe ser eficiente

La eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios se desenvuelve en dos dimensiones: la empresarial y la del usuario. De su adecuada conjugación están llamados a producirse los prenotados servicios públicos en beneficio recíproco: en provecho económico de los agentes prestadores y en provecho de las condiciones de existencia de los usuarios.

La noción de eficiencia empresarial se puede deducir al tenor del artículo 333 de la Carta Política, el cual establece una ecuación que contiene dos extremos, de una parte, la libertad de empresa dentro de los límites del bien común, y de otra las correlativas cargas en cuanto a que la empresa debe cumplir una función social, así como respetar el medio ambiente y los bienes culturales de la Nación,

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-558 de 2001.

con un director de la economía que es el Estado. Así entonces, le corresponde al Estado tomar las medidas tendientes a estimular y apoyar la actividad empresarial, al mismo tiempo que los empresarios deben honrar los mencionados deberes.

Como es sabido, esa actividad discurre en un ambiente de libre competencia, que de suyo engloba derechos tanto a favor de la empresa como del consumidor. Al albur del giro ordinario de los negocios, una vez que la empresa recupera la inversión es dable medir la relación entre los ingresos y los egresos, con la probabilidad de obtener una tasa de retorno, de ganancia, de utilidad. En el plano de los servicios públicos domiciliarios es importante observar que en términos del artículo 87.1 de la Ley 142 de 1994, si bien las fórmulas tarifarias comprenden los costos y gastos de un mercado competitivo, de otra parte, no pueden trasladar a los usuarios los costos o gastos de una gestión ineficiente. Bajo tales respectos la eficiencia empresarial constituye un factor definitorio tanto para la dinámica rentista de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como para la oferta de tales servicios hacia la comunidad.

Desde el punto de vista del usuario, la eficiencia se expresa a través de la cobertura, la calidad y la continuidad, de cara a unas tarifas razonables. En este sentido, la cobertura hace relación a los volúmenes de servicio (kilovatios, metros cúbicos, etc.), la calidad se concentra en el valor de uso (adecuada iluminación, agua potable, etc.), la continuidad se proyecta como el servicio sin interrupciones significativas (sin falla del servicio), y todo, frente a una fórmula tarifaria que debe establecer cada comisión de regulación con sujeción a la ley, fórmula que a su turno debe desarrollar la empresa plegándose literalmente a los preceptos rectores.

Como se ha visto, al amparo de la eficiencia la empresa y el usuario están llamados a beneficiarse mutuamente: aquella, con unos razonables márgenes de rentabilidad que le permitan permanecer y crecer en el mercado, y este, recibiendo unos servicios que le permitan satisfacer sus necesidades básicas de existencia y desarrollar en lo pertinente sus actividades cotidianas. Es de notar que, en torno a la función social de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 les impone la obligación de no abusar de su posición dominante y de facilitarle a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios.

IV. Son universales

Por disposición constitucional la garantía de estos servicios debe cobijar a todos los habitantes del territorio nacional, lo cual comprende a los nacionales y extranjeros, niños, niñas, etc. Por ende, en concordancia con el artículo 13 constitucional, todas las personas tienen derecho al disfrute de los servicios públicos domiciliarios sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. En el plano del derecho a la igualdad asimismo obra el artículo 87.2 de la Ley 142 de 1994, que prescribe:

Por neutralidad se entiende que cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades.

A su turno esta universalidad se despliega a través de los requisitos para acceder al contrato de condiciones uniformes, a cuyos efectos el artículo 134 de la Ley 142 de 1994 dispone que toda persona con capacidad negocial, que habite o utilice de manera permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios al amparo del prenotado contrato.⁷

Con apoyo en los anteriores preceptos se puede concluir que a partir del nacimiento la persona tiene capacidad de goce, lo cual incorpora el disfrute de los mencionados servicios. Concurrentemente, a partir de la mayoría de edad la persona tiene capacidad negocial, y, por ende, está habilitada para acceder al contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, siempre que ella y el inmueble cumplan con los requisitos de ley (art. 129 ib.).

V. Son esenciales

Con arreglo al artículo 4 de la Ley 142 de 1994, los servicios públicos domiciliarios se consideran esenciales, esto es: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, incluidas las actividades complementarias (art. 14.2 ib.). Esta calificación legal implica que las personas vinculadas laboralmente a las empresas de servicios públicos domiciliarios no podrán ejercer

⁷ Corte Constitucional, sentencias C-636 de 2000 y C-075 de 2006.

el derecho de huelga,⁸ según términos del artículo 56 superior. De acuerdo con las sentencias C-450 de 1995 y C-663 de 2000, esta norma se halla en consonancia con la Carta Política, dada la importancia de los derechos fundamentales involucrados en la prestación de tales servicios, así como la prevalencia del interés general. No sobra remarcar el hecho de que esta limitación envuelve a todos los trabajadores particulares y a todos los servidores públicos del ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

VI. Se someten a un régimen jurídico especial⁹

Dada la importancia que la Constitución le dispensa a los servicios públicos domiciliarios, con arraigo en el segundo inciso de su artículo 365 y en las respectivas normas concordantes, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 y la Ley 143 de 1994, las cuales, con las modificaciones y adiciones posteriores se deben aplicar de preferencia, sin perjuicio de las reglas de reenvío, o de la posibilidad de acudir a otros cuerpos normativos cuando esa preceptiva especial acuse vacíos, tal como ocurre en los eventos donde resulta indispensable aplicar el Código Civil, el Código de Comercio, el Código General del Proceso, la Ley 489 de 1998, la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el Estatuto Tributario, etc. Y claro, con la estimación que amerita la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

Desde luego que en desarrollo de la normativa especial (con el aporte jurisprudencial), en estricto orden jerárquico militan los decretos reglamentarios del presidente de la República, las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al igual que las ordenanzas de las asambleas departamentales, los decretos de los gobernadores, los acuerdos de los concejos municipales o distritales y los decretos de los alcaldes. Finalmente discurren las cláusulas del contrato de condiciones uniformes (art. 128 y ss, Ley 142 de 1994).

⁸ Cabe registrar que el derecho a la huelga fue reconocido por primera vez en la reforma constitucional de 1936, salvo en los servicios públicos. Con este antecedente, al tenor del artículo 56 de la Carta de 1991 se avanzó al admitir la huelga en los servicios públicos, siempre que no sean esenciales.

⁹ Al respecto obran las sentencias C-517 de 1992, C-263 de 1996, C-247 de 1997, C-284 de 1997, C-493 de 1997, C-150 de 2003, C-741 de 2003, C-075 de 2006 y C-736 de 2007, de la Corte Constitucional.

Ese primado jurídico se expresa en hipótesis tales como las relativas a los prototipos societarios de las empresas de servicios públicos domiciliarios, su régimen accionario, el contrato de condiciones uniformes, el régimen de contratación general de esas empresas, el régimen laboral de las empresas de servicios públicos mixtas, la discusión de la factura en sede empresarial, la imposición de servidumbres por parte de las comisiones de regulación, la participación del usuario en la gestión y control de dichas empresas, etc.

VII. Se prestan en un mercado competitivo

De conformidad con el segundo inciso del artículo 365 superior, los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Lo cual armoniza con la libertad económica que prohíja el artículo 333 constitucional, el cual reivindica la libre competencia,¹⁰ que de suyo debe propiciar el papel que le atañe a la empresa en cuanto motor del desarrollo, con un director: el Estado, quien tiene el poder para intervenir en materia de regulación, control y vigilancia.¹¹

En este horizonte competitivo, donde la oferta y la demanda discurren en el juego de precios, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 autoriza para prestar servicios públicos domiciliarios a las siguientes personas: (i) las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas; (ii) los productores marginales; (iii) los municipios; (iv) las organizaciones autorizadas; y (v) las empresas industriales y comerciales del Estado.

Más aún, de la concordancia entre los artículos 14, 15, 17 y 19 de la Ley 142 de 1994 se desprende que los prototipos paradigmáticos se enmarcan en el régimen societario por acciones, en contraste con la composición patrimonial de las empresas industriales y comerciales del Estado, que no es por acciones.

La garantía y estímulo a la libre competencia debe auspiciarse a partir de las políticas públicas y de la legislación misma. De allí que a la luz del artículo 370 de la Carta Política, con fundamento en la ley le corresponde al presidente de la República determinar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, lo cual hace a través de las comisiones de regulación. A su turno, en ejercicio de estas funciones delegadas, dichas comisiones tienen la potestad de regular los monopolios cuando la competencia no sea posible, y en los demás casos, promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, y todo ello, con el fin de que las operaciones

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2006.

sean económicamente eficientes, no redunden en abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad (art. 73, Ley 142 de 1994). En este sentido es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 18 *ibidem*, conforme al cual las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando constaten que la multiplicidad del objeto social restringe la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. Es de notar que esta facultad de las comisiones despierta inquietudes frente a su constitucionalidad, toda vez que solo la ley puede limitar el alcance de la libertad económica, según voces del artículo 333 superior.

VIII. No son gratuitos

El artículo 367 de la Constitución establece los criterios del régimen tarifario, a saber: costos, solidaridad y redistribución de ingresos. Por lo tanto, resulta claro que ninguna persona está exenta del pago de los servicios públicos domiciliarios que consuma; cosa distinta es que las personas de menores recursos puedan acceder a los subsidios.

En efecto, el adecuado funcionamiento de la relación contractual empresa-suscriptor y/o usuario pone de relieve el carácter oneroso¹² del contrato de condiciones uniformes, de suerte que la viabilidad empresarial y la dinámica misma de los servicios públicos domiciliarios dependen del satisfactorio cumplimiento que ambas partes les den a sus mutuas prestaciones, sin perjuicio del apoyo técnico, operativo y financiero que el Estado pueda otorgar en sus niveles nacional y territorial.

La solidaridad se realiza mediante el aporte por solidaridad (impuesto) que deben pagar los usuarios que pertenezcan a los estratos socioeconómicos 5º y 6º, y también, quienes pertenezcan a los sectores industrial o comercial. Ese aporte corresponde a un porcentaje que se aplica sobre la sumatoria del cargo fijo y el consumo.

El aporte por solidaridad se destina al subsidio de los usuarios que pertenezcan a los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3, cumpliéndose así la redistribución de ingresos. Esta modalidad se conoce como subsidio cruzado, es decir, entre usuarios.

¹² Corte Constitucional, sentencias C-150 de 2003 y T-740 de 2011.

Cabe registrar que, según lo previsto en el artículo 99, numerales 5º y 6º de la Ley 142 de 1994, los subsidios no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Igualmente, el usuario debe pagar siempre lo concerniente a los costos de administración, operación y mantenimiento. En contraste, el monto correspondiente a la recuperación de las inversiones podrá ser cubierto por los subsidios, lo cual se conoce como subsidio implícito.

De otra parte, con fundamento en el artículo 368 superior, la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas pueden conceder subsidios a favor de las personas de menores ingresos (estratos 1, 2 y 3), son los llamados subsidios directos. En tal hipótesis, en los respectivos presupuestos (ley, ordenanza o acuerdo) se deben hacer las apropiaciones, donde se especifique el servicio subsidiado y la entidad prestadora que repartirá el subsidio. En relación con esta modalidad de subsidio ha dicho la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, que para su materialización las respectivas autoridades deben hacer los mayores esfuerzos fiscales. Como tercera modalidad, también figuran los subsidios implícitos. (Art. 99-6, Ley 142 de 1994).

IX. Gozan de participación ciudadana

Como bien se sabe, al amparo de los artículos 2 y 95-5 de la Constitución la participación es un derecho y un deber de todos, lo cual encuentra una especial expresión en la arena de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, de acuerdo con el artículo 369 superior las personas pueden participar en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, lo cual se materializa a través de los “comités de desarrollo y control social”, integrados por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más servicios públicos domiciliarios. Cada comité elegirá entre sus miembros un “vocal de control”, quien en su condición de representante debe solicitar su inscripción ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SUI), así como ante las autoridades municipales y las empresas prestadoras de tales servicios, quienes previo cumplimiento de los requisitos legales deben reconocer la existencia de tales comités, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo (arts. 62 y 158 de la Ley 142 de 1994).

En torno a la oportunidad real de participar en la gestión de las empresas, el artículo 27-6 de la Ley 142 de 1994 prevé que, en el caso de las empresas de servicios públicos de naturaleza oficial del orden municipal, una tercera parte de los miembros de la junta directiva debe estar integrada por vocales de control. Adicionalmente, de conformidad con la Ley 152 de 1994, los comités de

desarrollo y control social pueden participar en la discusión del anteproyecto del plan nacional de desarrollo y de los anteproyectos de los planes territoriales de desarrollo, a efectos de expresar su diagnóstico de necesidades y alternativas de solución en las reuniones de la comunidad que convoquen, tanto el Consejo Nacional de Planeación como los consejos territoriales de planeación. En esos escenarios, algunas de las satisfacciones a reivindicar corresponden a los servicios de agua potable, acueducto y alcantarillado, los cuales, en tanto componentes del gasto público social se acantonan en el radar del sistema general de participaciones (art. 366 CP). A Cuya satisfacción también pueden concurrir los correspondientes proyectos que sean susceptibles de financiación con recursos del sistema general de regalías.

C. Incidencia de los servicios públicos domiciliarios en la esfera del derecho administrativo

Con referencia a lo anterior, en este espacio expresaré algunas ideas sobre la incidencia de los servicios públicos domiciliarios en la esfera del derecho administrativo, así:

I. Mutación del paradigma de la composición patrimonial mixta

Es muy probable que a partir de su nacimiento¹³ el Banco de la República se haya erguido como la primera sociedad de economía mixta del país, con un capital social de \$10.000.000.

Ahora bien, la sociedad de economía mixta en cuanto tal, desde el punto de vista patrimonial siempre se ha mostrado como la simple conjunción de aportes estatales y privados, independientemente del monto de los respectivos aportes. Pero los contrastes habrían de llegar.

¹³ Durante el gobierno de Pedro Nel Ospina, y con base en las recomendaciones de la Misión Kemmerer, se constituyó el Banco de la República. Después, a través del artículo 5 de la Ley 21 de 1963 se creó la Junta Monetaria, de composición oficial, pero dependiente del Ejecutivo.

En efecto, al tenor del segundo inciso del artículo 365 de la Carta Política se dispuso que los servicios públicos domiciliarios gozarían de un régimen jurídico especial¹⁴, el cual se subsume en la Ley 142 de 1994, en la Ley 143 de 1994 y demás normas que las modifican, complementan y adicionan. En este contexto, al amparo del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se establecen tres prototipos societarios especiales, a saber: (i) empresa de servicios públicos oficial; (ii) empresa de servicios públicos mixta; y (iii) empresa de servicios públicos privada.

Al respecto se tiene:

Art. 14-5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella donde la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier nivel tienen el 100% de los aportes.

Concretamente, los socios potenciales pueden ser: los ministerios, los departamentos, los municipios, los distritos, los territorios indígenas, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, los establecimientos públicos, las empresas sociales del Estado, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, las empresas de servicios públicos de carácter oficial, mixto, o las privadas que tengan participación estatal, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, y en general: “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 Públicos”.¹⁵

Ello no quiere decir que el 100% del capital social deba ser estatal, pues en la medida en que dentro de los socios obre una sociedad o entidad de composición mixta, dicho 100% no será netamente oficial.

Art. 14-6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella donde la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier nivel tienen el 50% o más de los aportes.

¹⁴ Así lo enfatiza la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007.

¹⁵ Artículo 38, Ley 489 de 1998.

Concretamente, los socios potenciales pueden ser: los ministerios, los departamentos, los municipios, los distritos, los territorios indígenas, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, los establecimientos públicos, las empresas sociales del Estado, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, las empresas de servicios públicos de carácter oficial, mixto, o las privadas que tengan participación estatal, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, y en general: “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 Públicos”.¹⁶ El otro 50%, o menos, del capital social, pertenece a los particulares.

Consecuentemente, al hacer la depuración patrimonial es propio concluir que en esta empresa el aporte netamente estatal es igual o superior al 50% del capital social. El otro 50%, o menos, le pertenece a los particulares, también en términos netos.

Art. 14-7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella donde los particulares tienen más del 50% del monto de los aportes, y por tanto, el aporte estatal es inferior al 50% del capital social. Desde luego que en esta empresa el 100% de los aportes puede ser de carácter privado.

Así, como a la luz de la Ley 142 de 1994 la empresa de servicios públicos solo puede calificarse de mixta cuando el aporte estatal neto sea del 50% o más del capital social, en un primer momento, según algunos adeptos a la tradición jurídica del sector descentralizado por servicios dicho condicionamiento resultaba inaceptable, toda vez que la configuración mixta solo requería de la simple concurrencia de aportes estatales y privados, esto es, sin ningún condicionamiento porcentual.

La jurisprudencia reinante de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha señalado que la empresa de servicios públicos mixta es un prototipo diferente al de la sociedad de economía mixta. Más aún, que la sociedad de economía mixta no se puede considerar el género y la empresa de servicios públicos mixta la especie, por la potísima razón de que la Constitución habilitó al Congreso de la República para establecer un régimen jurídico especial para los servicios públicos, y dentro de ello, bien podía el Legislador (como en efecto lo hizo) establecer nuevos prototipos societarios con los condicionamientos vistos.

En contraste, con referencia al artículo 210 superior el Congreso no puede señalar condicionamientos porcentuales al aporte estatal en las sociedades de economía mixta, tal como lo destacó la Corte Constitucional al declarar la

¹⁶ Artículo 38, Ley 489 de 1998.

inexequibilidad¹⁷ del segundo inciso del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, lo cual resalta nuevamente las notas distintivas entre la empresa de servicios públicos mixta y la sociedad de economía mixta.

Pero el disenso fue mayor frente a la empresa de servicios públicos privada con aportes estatales. Al respecto algunos defensores de la tradición jurídica del sector descentralizado por servicios censuraron la descripción normativa que acota como privada a la empresa donde el aporte de los particulares supera el 50% del capital social, al paso que el aporte estatal resulta inferior a ese 50%. Según dichos censores, esta empresa debería ser calificada como de estirpe mixto.

La Corte Constitucional le salió al paso a estos reparos, con precisiones como la siguiente:

El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no solo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial (...). Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.¹⁸

II. En torno a las cláusulas excepcionales

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone:

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

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de **contratos de cualquier empresa de servicios públicos**, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-953 de 1999.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-736 de 2007.

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. (Se destaca).

El primer inciso de esta norma, si bien le da prevalencia al derecho privado sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de otro lado no limita la aplicación de los demás estatutos públicos que fueren necesarios para la actividad contractual, tal como podría ocurrir con el Código de Recursos Naturales. Por consiguiente, *ab initio* nos hallamos ante un régimen contractual mixto, el cual se acentúa al tenor del segundo inciso del mismo artículo, donde se le otorga competencia a las comisiones de regulación para hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como para facultar a las empresas que lo soliciten, el pactar su inclusión en los demás contratos.

Nótese que la inclusión forzosa o facultativa de tales cláusulas cobija a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, vale decir, a las oficiales, mixtas y privadas; de lo cual surge una hipótesis nueva dentro de las actuaciones administrativas tendientes a la contratación, a saber: las empresas de servicios públicos de carácter privado, a tiempo que en el giro ordinario de sus negocios aplican el Código de Comercio y el Código Civil, deben o pueden estipular cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, lo cual puede antojarse exótico frente a la tradición administrativa.

Sin embargo, ello encuentra su razón de ser en la vital importancia que tienen los servicios públicos domiciliarios para la comunidad, como que tales servicios tienen una ligazón íntima con los derechos fundamentales, con la advertencia jurisprudencial de que el servicio de agua potable, *per se*, tiene el linaje de derecho fundamental.

De otra parte, aunque la norma restringe la aplicación de la Ley 80 de 1993 y la competencia del contencioso-administrativo a los conflictos surgidos en presencia de las cláusulas forzosas, es lo cierto que tales normas se aplican indistintamente para las cláusulas forzosas o facultativas, según lo ha dicho el Consejo de Estado. Más aún, conforme al artículo 104-3 de la Ley 1437 de 2011, el contencioso-administrativo conoce de los conflictos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios (incluidas las privadas), cuando se hayan pactado o se hayan debido pactar cláusulas excepcionales, independientemente de que sean forzosas o facultativas.

En estos términos se tiene que, el derecho administrativo le da cabida a las empresas de servicios públicos de naturaleza privada en lo atinente a la estipulación de cláusulas excepcionales, y subsiguientemente, el contencioso-

administrativo tiene la competencia para dirimir los conflictos que surjan en el ámbito de los contratos que contengan dichas cláusulas o que deban contenerlas. Así entonces, el derecho mixto sigue su curso por la incesante presencia de los particulares en la prestación de servicios públicos, y dentro de ellos, por la potestad para dictar actos administrativos.

De otra parte, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 introduce una novedad desde el punto de vista de los efectos de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los contratos celebrados de buena fe. Como se sabe, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*; sin embargo, en el campo de los servicios públicos domiciliarios los efectos de tal declaratoria son hacia el futuro, es decir, *ex nunc*. Al respecto dispone el precitado artículo 38:

Artículo 38. Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos **solo producirá efectos hacia el futuro**. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe. (Se destaca).

III. En cuanto a las competencias de las comisiones de regulación

Como ya se ha dicho, con fundamento en el artículo 189-11 de la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la facultad reglamentaria la ejerce el presidente de la República con exclusividad, de suerte que no es de buen recibo el ejercicio de tal facultad por parte de las comisiones de regulación. Sin embargo, según el inciso cuarto del artículo 128 de la Ley 142 de 1994:

Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, **en la forma en que lo determinen las comisiones**, que entre él y quienes consumen efectivamente el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores. (Se resalta).

Si las comisiones de regulación están facultadas para determinar la forma en que el suscriptor puede acreditar la existencia de un conflicto jurídico entre él y el consumidor directo del servicio, en la práctica estarían invadiendo la esfera reglamentaria del presidente, o lo que es peor, estarían adicionando una materia que goza de reserva de ley, cual es la concerniente a los servicios públicos domiciliarios (art. 150-2 CP).

Al margen de las anteriores observaciones, en otros temas es interesante advertir el aporte que pueden hacer las comisiones a través de sus actos administrativos. Al respecto se tiene:

En materia de servidumbres. Como bien claro resulta, conforme al Código Civil y al CGP, la constitución de una servidumbre puede hacerse a través del acuerdo de voluntades entre el dueño del predio sirviente y el dueño del predio dominante, o en su defecto mediante sentencia del juez civil. Pues bien, sin perjuicio del acuerdo de voluntades, y con el fin dinamizar dicha constitución de servidumbre en unos servicios que están ligados a la calidad de vida digna, el legislador facultó a las comisiones de regulación para imponer servidumbre en el campo de los servicios públicos domiciliarios a través de un acto administrativo. Al efecto dispone el artículo 118 de la Ley 142 de 1994:

Entidad con facultades para imponer la servidumbre. Tienen facultades para imponer la servidumbre por acto administrativo las entidades territoriales y la Nación, cuando tengan competencia para prestar el servicio público respectivo, **y las comisiones de regulación.** (se destaca)

En relación con el dictamen pericial. Con arreglo al artículo 73.10 de la Ley 142 de 1994, las comisiones de regulación pueden dar concepto sobre la legalidad de los contratos de condiciones uniformes que las empresas sometan discrecionalmente a su consideración, así como sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia.

Dicho concepto tiene la condición de dictamen pericial en la arena procesal, pues según lo prevé el artículo 133.26 *ibidem*:

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada.

Desde luego que este precepto tiene efectos, tanto en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo como en la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, con base en el concepto previo de las comisiones en sede administrativa, el juez del conflicto será el competente para resolver sobre la legalidad del contrato de condiciones uniformes.

IV. La factura como acto administrativo

Como bien se sabe, la factura por concepto de servicios públicos domiciliarios es cuenta de cobro y título ejecutivo. Asimismo, con arraigo en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y en la sentencia C-558 de 2001 de la Corte Constitucional, la factura es un acto administrativo, lo cual resulta particularmente novedoso en los predios del derecho administrativo y comercial.

En este contexto, a través de los artículos 152 a 159 de la prenotada ley se establece el procedimiento administrativo relativo a la defensa del usuario en sede de la empresa, o lo que es igual, en sede administrativa.

Respecto al trámite establecido para la impugnación de la factura, los anteriores artículos prevén la oposición del usuario mediante la petición, queja o reclamo, y contra el acto que resuelva lo pertinente: los recursos de reposición y apelación. Se dispone igualmente que el recurso de apelación solo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el gerente o representante legal de la empresa. Es decir, que a diferencia de lo normado en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, el recurso de apelación no se podrá interponer directamente, y por contera, la interposición del recurso de reposición se torna obligatoria.

Conforme a lo anterior, es dable entender que el carácter obligatorio del recurso de reposición tiene como fin el facilitarle a las empresas la oportunidad de revisar y enmendar sus yerros, lo cual puede redundar en una provechosa economía procesal para la empresa y el usuario, así como para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en vía de apelación, dado que esta entidad debe desatar los recursos de apelación que se interponen contra todas las empresas de servicios públicos domiciliarios del país.

Ahora bien, en lo atinente a las decisiones susceptibles de apelación surge una diferencia importante frente a lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, no son apelables los actos administrativos dictados por los representantes legales de las entidades descentralizadas.

Dicha diferencia se expresa así: de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la empresa de servicios públicos oficial es una entidad descentralizada por servicios. Igualmente, según la Corte Constitucional, la empresa de servicios públicos mixta y la empresa de servicios públicos privada con aportes estatales, son entidades descentralizadas por servicios¹⁹.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-736 de 2007.

Pese a esta condición jurídica, según la Ley 142 de 1994, los actos administrativos de las mentadas empresas dictados en sede de reposición son susceptibles del recurso de apelación. Advirtiendo que la excepción a la regla del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 se configura cuando el acto que decide la reposición lo suscribe el gerente, director o presidente de la respectiva empresa de servicios públicos.

Aunque no forma parte del espectro de la factura, cabe registrar la diferencia que también se presenta frente al artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual, no son apelables las decisiones de los alcaldes. Pues bien, como excepción a esta regla, el artículo 104 de la Ley 142 de 1994 prevé:

Toda persona o grupo de personas podrá solicitar por escrito la revisión del estrato urbano o rural que se le asigne. Los reclamos serán atendidos y resueltos en primera instancia por la alcaldía municipal, en un término no superior a dos (2) meses, y las apelaciones se surtirán ante el Comité Permanente de Estratificación de su municipio o distrito quien deberá resolverlo en un término no superior a dos (2) meses. En ambos casos, si la autoridad competente no se pronuncia en el término de dos (2) meses, operará el silencio administrativo positivo.

Al tenor de esta disposición, la decisión del alcalde sobre el reclamo del interesado será susceptible del recurso de apelación. En este sentido resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

(...) Como bien se observa, los alcaldes tienen el deber legal de adoptar las estratificaciones a través del Comité Permanente de Estratificación Socioeconómica, lo que permite colegir que el pronunciamiento de este órgano resulta vinculante para los mandatarios municipales, al momento de adoptar la estratificación correspondiente. No está de más advertir que al tenor de lo previsto en el artículo 6° de la Ley 732 de 2002, el comité de que se trata, además de sus funciones como órgano asesor y veedor, tiene a su cargo resolver, como segunda instancia del alcalde municipal, las reclamaciones relacionadas con las resultas de la estratificación socioeconómica.²⁰

Dentro del mismo universo de la estratificación se reedita la apelación de las decisiones pertinentes de los entes descentralizados que presten servicios públicos domiciliarios, en términos del parágrafo 2° del artículo 6 de la Ley 732 de 2002, así:

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de abril de 2018, rad. 2009-00376-01.

Parágrafo 2o. Cuando la estratificación socioeconómica no haya sido adoptada por decreto municipal o distrital, la empresa que presta el servicio público domiciliario por cuyo cobro se reclama deberá atenderlo directamente en primera instancia, y la apelación se surtirá ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

D. Conclusiones

A manera de recomendación final conviene enfatizar la importancia jurídica y práctica de reivindicar la prevalencia del régimen especial de los servicios públicos domiciliarios, cuya ligazón con los derechos fundamentales también comporta la necesidad de reconocer que tales servicios se nutren de componentes de orden jurídico, económico, técnico, ambiental, cultural, y todo, en una perspectiva social.