

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CREACIÓN DE FILIALES Y  
SUBSIDIARIAS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS EN COLOMBIA – ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL



MARGARITA SANTACRUZ  
FELIPE ARBOLEDA MÁRQUEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2009

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CREACIÓN DE FILIALES Y  
SUBSIDIARIAS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS EN COLOMBIA – ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL



MARGARITA SANTACRUZ  
FELIPE ARBOLEDA MÁRQUEZ

Documento presentado  
como requisito para optar  
al título de Abogados

DIRECTORA DE TESIS:  
Dra. XIMENA OSORIO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2009

**“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.**

Bogotá D.C., abril de 2009

**EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CREACIÓN DE FILIALES Y  
SUBSIDIARIAS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS EN COLOMBIA – ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL**

**Resumen:** El siguiente documento tiene por objeto determinar el régimen jurídico aplicable a la creación de empresas filiales o subsidiarias, con base en la evolución jurisprudencial sobre los cuales no existe unanimidad jurisprudencial, doctrinaria o norma específica, para el sector de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Para ello se recurrirá a las fuentes principales de derecho, la Constitución Política, el conjunto de normas vigentes y aplicables a los servicios públicos, y la interpretación de éstas de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional..

**Palabras clave:** servicio público, concepción clásica de servicio público, nuevo servicio público, empresas de servicios públicos mixtas, empresas de servicios públicos privadas, empresas de servicios públicos oficiales, creación de filiales, creación de empresas de servicios públicos, autorización legal de empresas de servicios públicos, entidad estatal, descentralización por colaboración, descentralización por servicios, estructura de la administración.

**Abstract:** this document has the purpose of establishing the basis related to the legal regime which is applicable to one of the most common corporate actions of any enterprise which is the incorporation of subsidiary companies, in the sector of public utilities in Colombia.

**Key words:** Public service, public utilities, classic scheme of public utilities, new scheme of public utilities, joint public utilities companies, private utilities companies, official public utilities companies, incorporation of subsidiaries,

incorporation of public utilities companies, legal authorization for public utilities companies, state-owned entity, decentralization by collaboration, decentralization by services, structure of the State.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. EL DEBATE SOBRE EL RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE PARA LA CREACIÓN DE FILIALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	12
1.1. LA NORMATIVIDAD RELACIONADA CON LA CREACIÓN DE FILIALES Y SUBSIDIARIAS DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS	32
1.2. POSTURAS DOCTRINARIAS FRENTE A LA DISCUSIÓN	44
2. EVOLUCIÓN DEL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	63
2.1. CONTROL FISCAL	63
2.2. CONTROL FISCAL A LOS APORTES DE LA NACIÓN, DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y LAS DESCENTRALIZADAS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS	65
2.3. EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA O EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO	70
2.4. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	78
2.5. EMPRESAS PRIVADAS CON APORTES PÚBLICOS	79
3. CONCLUSIONES	88
3.1. ¿LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS SON ENTIDADES ESTATALES?	88
3.2. ¿A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SE LES APLICA EL RÉGIMEN PÚBLICO EN SUBSIDIO DE NORMA ESPECIAL?	97
3.3. ¿CUAL ES EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LA CREACIÓN DE FILIALES Y SUBSIDIARIAS?	98

## INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos domiciliarios en Colombia y en el mundo, son una actividad económica especial con relación íntima con la calidad de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad. Dadas éstas características, las entidades que prestan estos servicios, tienen una naturaleza legal especial, que no es ni el de derecho privado ni el de derecho público en su totalidad, sino uno de carácter distinto, tal y como lo establece la Constitución Política. Son entidades resultado de un híbrido con ingredientes de derecho privado y público al mismo tiempo, en las cuales los particulares pueden participar en la prestación del servicio sin necesidad de convertirse instantáneamente en entidades del estado, aunque tampoco siendo entendidas como particulares; y a su vez, las entidades del estado prestadoras de dichos servicios, tienen un régimen diferente al de sus semejantes, sin dejar de ser, en todo caso, parte de la administración. En ambos casos estamos frente a un régimen especial aplicable únicamente a éstas Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios también denominadas ESP's.

Dada esta naturaleza especial, los servicios públicos domiciliarios están sujetos a un régimen jurídico especial. En principio, siguen el grupo normativo diferente establecido en la Constitución Política y las leyes, decretos y demás cuerpos legales que la desarrollan, que aplica exclusivamente para éstos; toda una normatividad excepcional que se ha desarrollado para cubrir de manera reservada este campo tan importante como lo son los servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, existen materias dentro de la actividad de los servicios públicos domiciliarios en las cuales no existe norma especial que haga parte del grupo de legislación de servicios públicos y que regule o delimite dichas materias de forma específica. Dado lo anterior, se debe aplicar para estos casos, alguno de los

regímenes legales generales que fueren aplicables a entidades semejantes. La aplicación de una norma o régimen legal que no está exclusivamente encaminado a regular los servicios públicos domiciliarios no es tarea fácil, y genera diversas discusiones respecto a la aplicabilidad de unas normas u otras.

Actualmente este tipo de discusiones respecto a la aplicabilidad de normas no exclusivas a los servicios públicos las vemos en el campo laboral, contractual, y de jurisdicción competente para la solución de controversias. Así mismo, respecto al régimen aplicable a la creación de empresas filiales o subsidiarias y en donde la jurisprudencia no es unánime tampoco. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, tienen posturas encontradas respecto al régimen aplicable en casos de ausencia de norma específica, y en especial, frente al tema de la creación de filiales y subsidiarias por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La creación de filiales y subsidiarias de ESP's no solo carece de norma determinada sino que no existe remisión expresa clara respecto a la aplicación de algún régimen normativo de manera subsidiaria, como si lo hubiere en otras materias respecto las cuales la legislación de servicios públicos no entra en detalle, más sin embargo especifica a que régimen se debe remitir para regular el tema en específico (como por ejemplo lo es el de remitirse en algunos temas contractuales a la Ley 80).

El régimen a aplicar por lo tanto, se podría leer en concordancia con los principios del libre mercado y libre competencia y por ende una aplicación del régimen jurídico de derecho privado, es decir, el Código de Comercio y normas relacionadas, equiparando a las empresas de servicios públicos para este caso, como personas jurídicas sujetas al derecho privado. Por otro lado, se podría alegar por la aplicación del régimen jurídico de entidades públicas o de derecho público, al ser el servicio público un campo íntimamente ligado con las finalidades



del Estado, por lo tanto sujeto siempre a su intervención, y en el entendido además que las empresas de servicios públicos hacen parte de la organización administrativa. Ninguno de estos pilares es absoluto y la jurisprudencia se ha encargado de establecer que cualquiera de ellos es aplicable.

El tema se encuentra íntimamente ligado con uno de los grandes debates del derecho administrativo y sobre el cual tampoco existe unanimidad doctrinaria ni jurisprudencial al respecto, siendo ello la relación entre los servicios públicos y la función de naturaleza publico-administrativa, pues en algunos casos se parte de la base de la independencia absoluta entre servicio publico y función administrativa, mientras que en otros se asume que pueden ser lo mismo.

Hay así quienes alegan porque las empresas de servicios públicos en efecto hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, pues configuran una nueva clase de entidad descentralizada (que para algunos es por servicios mientras que para otros es funcional), tesis adoptada por la mayoría del la Sección Tercera del Consejo de Estado y actualmente por la Corte Constitucional, con base en la más reciente jurisprudencia.

Por otro lado existe una tesis, mayoritaria en la doctrina, anteriormente por la Corte Constitucional más no actualmente por esta corporación, ni en el Consejo de Estado, que considera que las empresas de servicios públicos no hacen parte de la administración, sino que son una categoría especial reguladas en forma particular, en conformidad con una interpretación restrictiva de lo dispuesto en el artículo 365 Constitucional.

El tema actualmente ha generado aún mas controversia entre los doctrinantes en razón del reciente fallo de la Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-736 del 19 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, el cual concluyó que las empresas de servicios públicos privadas eran entidades

estatales si había un aporte (sin importar el monto) de carácter público, pues se entiende como una contradicción con lo establecido por esta misma entidad en la Sentencia C-953 de 1999<sup>1</sup>, radicalizando aún más el debate sobre dicha naturaleza estatal de las empresas de servicios públicos, de la cual se deriva la aplicación de régimen jurídico subsidiario en caso de vacío normativo, como lo es la creación de filiales.

La importancia de establecer el régimen jurídico realmente aplicable implicará determinar si existe o no extralimitación de las facultades que tienen las empresas de servicios públicos en la constitución de sus filiales y subsidiarias que existen hoy en día, como a su vez, determinar para un futuro cual es la normatividad aplicable y por ende la forma de crear éstas en un futuro, pues hoy en día tenemos en Colombia empresas de servicios públicos de enorme tamaño, las cuales ya dejaron de ser consideradas como una sola empresa para convertirse en unos inmensos grupos corporativos los cuales crean filiales y subsidiarias en cualquier momento de la misma manera que lo hiciese cualquier otra empresa privada de cualquier sector productivo no intervenido por el Estado, cuando realmente son entidades que detentan normalmente capital público y sobre las cuales hay que determinar si deben seguir un procedimiento diferente.

El debate en todo caso esta dividido por posturas opuestas las cuales a su vez tienen diferentes matices, todas respondiendo a preguntas como: ¿debe una empresa de servicios públicos tener la misma libertad, al igual que una sociedad privada, para aportar activos, ser accionistas, comprar, o escindirse en una sociedad nueva? ¿Debe tener en vez, unas reglas iguales a las de las demás

---

<sup>1</sup> Según lo establecido en la Sentencia C-736 de 1999 se nota la intención de los actores para incoar la inconstitucionalidad de los porcentajes legales de la Ley 142 de 1994, respecto a lo que se considera como entidad mixta, privada y oficial con base más que todo en la Sentencia C-953 de 1999 emitida por esta misma entidad. Sin embargo, la Corte Constitucional estableció que dichas sociedades de servicios públicos tendrán un carácter diferente al de las demás entidades por lo que las empresas de servicios públicos mixtas y privadas serían estatales, cuando quiera que haya un aporte estatal, declarando así la exequibilidad de dichos artículos.

entidades de la administración, en las cuales debe mediar una autorización expresa de ley, ordenanza o acuerdo? ¿Que pasa cuando son los recursos públicos de una nación los que están en juego, los cuales se están escindiendo o se están invirtiendo o gastando en otra entidad? O al revés, ¿Qué pasa si es una entidad absolutamente privada, debe esta sufrir limitaciones por el hecho de prestar este servicio especial?

Las empresas de servicios públicos desde que inició la política de desregulación en Colombia, han adquirido un inmenso poder que ha afectado a la ciudadanía misma. De esta manera, las empresas de servicios públicos pretenden tener facultades de entidades estatales para así poder pactar facultades exorbitantes en la ejecución de sus contratos, a su vez, defienden su calidad de estatales para emitir y hacer cumplir actos administrativos, mientras que, en cambio, pretenden por un régimen privado en todos sus actos de forma que el Estado les de la libertad para efectuar cualquier actuación que pretenden las directivas de éstas empresas. Así las cosas, las empresas de servicios públicos se han convertido, en lugar de ser unas empresas vigiladas y controladas por el Estado, en unas empresas con mayor poder y mayores beneficios que cualquier otra empresa, en un sector tan importante y sensible como los servicios públicos domiciliarios.

Por lo anterior, el presente documento presentará y analizará la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, revisando cada una de las posturas que se han adoptado, para finalmente determinar, de conformidad con el precedente y la doctrina mayoritaria, el correcto régimen jurídico que debe ser aplicado para la creación de las filiales y subsidiarias de las empresas de servicios públicos en Colombia.

## 1. EL DEBATE SOBRE EL RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE PARA LA CREACIÓN DE FILIALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Para nadie es un tema muy innovador el régimen de servicios públicos domiciliarios en Colombia o en el mundo. Han transcurrido ya 18 años desde la expedición de nuestra “nueva” constitución la cual esbozó unos claros y muy vanguardistas términos sobre servicios públicos. A su vez, han pasado otros 15 años desde la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994, las cuales regularon, de conformidad con las directrices constitucionales, el tema de los servicios públicos domiciliarios<sup>2</sup>. Durante este tiempo, se han escrito muchísimos

---

<sup>2</sup> Servicio Público en Colombia y en el mundo es un término identificado con el servicio proveído por algún Estado o el gobierno, a sus ciudadanos, ya sea directamente (a través del sector público) o a través de concesión u otras figuras que se lo permiten a particulares. El término es usualmente asociado con la satisfacción de necesidades sociales, de la mano con los mismos pilares de una organización socio-estatal democrática, en el cual dichos servicios se deben satisfacer a la ciudadanía entera, independientemente de su capacidad de pago. Estos servicios independientemente de que estén siendo proveídos directamente por el Estado, ó por el sector privado, siempre han estado sujetos a regulación que normalmente es diferente e incluso más controladora que la existente para otros sectores económicos en un determinado país, como lo es el caso Colombiano.

El concepto de servicio público lleva inmerso el de “*atender necesidades de carácter general y que por lo tanto afectan a un número amplio de integrantes de la población.*”.(ATEHORTUA RÍOS Carlos Alberto, Servicio públicos domiciliarios. legislación y jurisprudencia. Edición Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, 2003. p. 62.).

Como un tipo especial de los servicios públicos, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, se diferencia del concepto de servicio público general que mencionábamos anteriormente, frente al término de servicio público domiciliario, ó lo que en derecho norteamericano se denomina como *public utilities*. La legislación Colombiana traída de lo que ya existía en el extranjero, quiso diferenciar los servicios públicos con los servicios públicos domiciliarios ya que el cometido de éstos segundos es llegar al domicilio de los ciudadanos y va dirigido a satisfacer necesidades esenciales, como no lo es predicable de otros servicios públicos como el transporte. (Palacios Mejía, Hugo. El derecho de los servicios públicos domiciliarios. 1999)

Entonces el servicio público domiciliario son aquellas prestaciones que reciben las personas en su domicilio o lugar de trabajo, para la satisfacción de sus necesidades básicas de bienestar y salubridad prestados por el Estado o por los particulares mediante redes físicas o humanas con puntos terminales en los lugares donde habitan o laboran los usuarios, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado, a cambio del pago de una tarifa previamente establecida.

La Corte Constitucional ha establecido al respecto que estos servicios se lleva a los usuarios "a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de

documentos doctrinarios y se ha proferido un sinnúmero de fallos judiciales de todo tipo, por lo cual se podría decir estamos frente a un régimen establecido y sobre el cual tenemos una amplia regulación brindando una aceptable seguridad jurídica.

Tenemos como un elemento claro en los servicios públicos, de conformidad con la jurisprudencia nacional tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, que con la expedición de la Carta de 1991 y su ulterior desarrollo con las Leyes 142 y 143 de 1994, que la especie del género de servicios públicos, esto es, los servicios públicos domiciliarios, están sujetos a un régimen especial dentro de un capítulo singular de la denominada 'Constitución Económica', inherente a la finalidad social del Estado, por lo que la regulación, vigilancia y control de estos servicios está en todo caso siempre en cabeza del Estado y que pueden ser prestados directamente por el Estado, o por los particulares, observando siempre las disposiciones legales excepcionales que existen en el sector<sup>3</sup>.

---

trabajo (...) y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas".<sup>2</sup> (Corte Constitucional en Sentencia T-578 del 3 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero En Colombia, siguiendo muy de la mano la doctrina Norteamericana mencionada del *public utility*, identifica como dichos servicios públicos domiciliarios el servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

Es el legislador entonces quien a partir de los comportamientos generalizados de la sociedad decide si una actividad en concreto debe o no ser calificada como servicio público y más aún si este es en efecto catalogado como servicio público domiciliario.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha establecido frente a los servicios públicos, como lo establece en Sentencia C-066 de 1997 que "*los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución no cabe duda de que aquéllos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación. Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales.*

*La idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen la razón de existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una*

Sabemos además que el régimen de servicios públicos domiciliarios ha sufrido una evolución político jurídico de conformidad con las tendencias mundiales y que hoy en día estamos frente a un régimen que propendió por la liberalización de dichos servicios por medio de la competencia del sector, de tal forma que se garantice el mejor servicio a todos los ciudadanos.<sup>4</sup>

---

*ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.*

*Consciente de lo anterior, el Constituyente de 1991 dedicó una especial regulación a la materia de los servicios públicos), en la cual los reconoce como inherentes a la finalidad social del Estado, a quien atribuye el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

(...)

*Así mismo, dedicó una disposición especial al tema de los servicios públicos domiciliarios, como aplicación más concreta del género servicios públicos, para dejar en manos de la ley las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, a la luz de criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, en busca de asegurar la igualdad y el marco jurídico-político democrático, participativo y justo que esta república unitaria se propuso en el Preámbulo de su Constitución”*

Lo anterior se reafirma en Sentencia C-736 de 2007 al establecer: “...la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos...”

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos como lo son la Sentencia C 179 de 2005 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, La Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de octubre de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>4</sup> En este sentido se pronunció la Asamblea Nacional Constituyente, al establecer: “Desde el primer momento, tanto los miembros de la comisión V como los integrantes de la subcomisión encargada, consideraron que el tema de los servicios públicos merecía un tratamiento independiente, totalmente autónomo, dentro del conjunto de las propuestas económicas no obstante que su temática aparece comprendida dentro de un nuevo Título que propone la Comisión V denominado FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO (publicado en la Gaceta Constitucional No. 78). La individualidad con que fue discutido y aprobado el articulado sobre servicios públicos se explica por la importancia que el tema ha adquirido en el ámbito nacional durante las últimas dos décadas especialmente”. (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No.85. Miércoles 29 de mayo de 1991. Página 21. Integrantes del Subcomisión III).

Si nos remontamos 100 ó 150 años atrás, había una idea sobre política económica donde el Estado pretendía no intervenir, porque en principio todo era para el sector privado; esta afirmación que partió del supuesto que ese sector privado, en aquella época, en donde el 70 u 80% de la población vivía en los campos, era disperso, situación que hoy en día es totalmente distinta.

Luego en el siglo pasado, a partir de los años 30, entre las dos guerras mundiales, vivimos la tesis de servicio público, en donde se estableció que todo el servicio público por tener dicho carácter tiene que ser estatal; por último, recientemente a partir de finales de los ochenta y en la década de los noventa y hasta ahora, asistimos a una nueva forma de Estado, una nueva forma de concebir lo político, que consiste en que básicamente el Estado se repliega de alguna manera y actúa, de una forma subsidiaria, frente al sector privado.

Lo privado entonces, si comparamos la evolución en el curso de los últimos 50 ó 60 años, cambia por completo de estructura de concepción, de naturaleza. Las grandes empresas, tanto públicas como privadas, la internacionalización del capital, la globalización, el mundo de las comunicaciones, es diferente, desde una perspectiva económica, a la que se vivió en los años treinta y lo que estamos viviendo hoy en día.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> En Francia la concepción de servicio público implicaba la prestación monopólica por parte del Estado y solo se daba la prestación de forma indirecta por parte de los particulares por medio de la concesión, como lo expone Gaston Jéze. Para este gran exponente de la escuela del servicio público en la Francia de ese momento, el Estado era simplemente un proveedor de servicios públicos. Para este autor era *“la piedra angular del derecho administrativo francés”* (JEZE, Gastón, principios generales del Derecho Administrativo, Tomo I – La técnica jurídica del derecho público francés, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1949, trad. Julio San Millán Almargo, Pág. XL (prefacio del autor a la edición argentina)) al punto de definir este último como el derecho de los servicios públicos como *“La idea de servicio público se haya íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público. Decir que en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a decir que los agentes públicos, para satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los pronunciamientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello sin ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”* (JEZE, Gastón. Principios Generales. Tomo II La noción de servicio público-Los agentes de la Administración pública, Pág. 4 )

Se pasó así de unas empresas de servicios públicos municipales, casi todas monopolísticas, paternalistas, bajo una idea que era preferible que se perdiera dinero porque para eso estaba el presupuesto municipal ó departamental ó nacional, con tal de prestar un servicio relativamente bueno (o relativamente malo), dependiendo de los sitios, a una idea de eficiencia, a una idea de que lo importante es que todas las personas reciban de la manera más rápida y más segura y continua los servicios públicos; en donde definitivamente la idea de gratuidad desaparece prácticamente por completo de la prestación de los servicios públicos; en donde al Estado se sitúa, cuando así lo decide, en una posición de empresario capitalista. Hay un cambio, y ya no se está entregando unos servicios como consecuencia de un paternalismo sino como consecuencia de una actividad empresarial, en donde las empresas de servicios públicos domiciliarios salen de su municipio a competir con las demás empresas en el resto del país e incluso en el resto del mundo. Esto se está observando en todo momento<sup>6</sup>.

La estructura político jurídica del país hizo que se construyera un derecho administrativo bajo la idea de este Estado paternalista, de este Estado de

---

León Dugit adalid de la escuela realista de Burdeos, de la misma manera establece en su libro de 1913 que el servicio público era fundamental a la hora de delimitar el derecho administrativo. (DUGUIT, León, Las transformaciones del derecho público, trad. Adolfo Posada, Librería Española, Madrid, 1926, p. 85,86, 92 y 105.)

Fue Waline quien afirmó que los servicios públicos podían ser prestados por los particulares, admisión doctrinaria que produjo el inicio del desbordamiento del criterio orgánico o subjetivo del servicio público, postura que además produjo gran incidencia en nosotros en vigencia de la Constitución de 1886 por parte de la doctrina y a nivel normativo en las reformas constitucionales de 1936 y 1968. (WALINE, Marcel, Droit Administratif, Paris, 1934.)

<sup>6</sup> En este sentido lo ha establecido el Consejo de Estado: *“Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia –que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado”* (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: POVEDA PERDOMO, Alberto Demandada: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro)



bienestar (como le llamarían algunos); y la realidad política, la realidad económica, la realidad social está construyendo un Estado que actúa solamente en forma subsidiaria. La misma Constitución establece que el Estado está obligado es únicamente a garantizar que haya servicios públicos<sup>7</sup>, y solo si los demás no lo pueden hacer tendrá la obligación de prestarlos. El cambio social, el cambio político, el cambio económico es muy grande y de esa manera nos compete ir adecuando las categorías jurídicas a esta nueva realidad

Durante este lapso de tiempo, las empresas de servicios públicos se han proliferado como lo ha hecho cualquier otro sector luego de dicha apertura económica que transformó al país. El nuevo régimen legal favoreció dicha proliferación dado el esquema liberal que este tuvo<sup>8</sup>. Ahora, además de la

---

<sup>7</sup> En este sentido fue claro el debate sobre la ley 142 de 1994 en donde se estableció: "(...) lo anterior no quiere decir que de manera alguna que los servicios públicos deban ser prestados de manera directa por el Estado. Pero sí que el Estado estará en obligación de garantizar el acceso a ellos en términos económicos y eficientes" GACETA CONSTITUCIONAL, No. 48, 4 de abril de 1991, Pág. 12.

<sup>8</sup> Muchos autores y doctrinantes han establecido y dejado muy en claro los grandes beneficios que este nuevo modelo de desestatización de los servicios públicos ha traído al sector y al país como tal. De esta misma manera, se debe interpretar que en efecto existe un gran beneficio por el hecho de dejar en manos privadas los servicios públicos, por lo cual se desprende que los actos como lo son la constitución de empresas filiales y subsidiarias deben seguir este manejo libre y regido por el derecho privado, pues hace parte de esta eficiencia traducida en el bien común como se quiso en la promulgación de la Constitución de 1991 y la ley 142 de 1994.

En este sentido se ha pronunciado el Dr. Carlos Alberto Atehortúa quien ha dicho: *"Dado que se le ha permitido al Estado la prestación de servicios públicos en concurrencia con comunidades organizadas y con empresas privadas y mixtas, se hace necesario precisar que cuando es el Estado o las entidades estatales quienes prestan servicios públicos, el régimen de gestión de los mismos como regla general debe ser el mismo que resulte a otros prestadores de esos servicios. Si dentro de las políticas del Estado se busca promover competencias en los servicios públicos, con el fin de eliminar ineficiencias y promover competitividad que favorezca a los usuarios y reduzca los costos de ineficientes en que se puede incurrir en la prestación monopólica de los servicios, es necesario que las entidades estatales se sometan al mismo régimen de los particulares además que este tipo de proveedores no tengan cargas o privilegios especiales que los diferencie de otros agentes que realizan actividades similares.* ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Jurídico de las empresas deservicios públicos domiciliarios a la luz de la Doctrina Constitucional Estudio presentado ante el X Congreso Nacional e internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008.

En el informe del DNP recientemente publicado se expresa también el beneficio del nuevo enfoque que ha otorgado la Constitución de 1991 y la ley 142 de 1994 a los servicios públicos diciendo que

proliferación de empresas prestadoras de servicios públicos muchas de estas existentes muchísimo tiempo antes de la nueva regulación, empiezan a adquirir un enorme tamaño y poderío, y éstas, comienzan un proceso de creación de grupos corporativos. Estructuras que en términos societarios se podría denominar esquemas de matrices-filiales, dada su gran tamaño y su necesidad empresarial de expandirse y especializarse. Esto ha ocurrido no solo en Colombia sino en el

---

*“la inversión del sector privado en infraestructura facilitó adelantar procesos que permitieron, entre otros, incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en construcción, operación y mantenimiento, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, y aumentar la cobertura y calidad de los servicios”.* (CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Documento Compes 3538 del 11 de Agosto de 2008)

El Dr. José Antonio Vargas Lleras presidente Junta Directiva Andesco establece en misma medida: *“Los cimientos de esta trascendental estructura son la eficiencia, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura; la participación libre y en condiciones de competencia de los distintos prestadores ya sean ellos públicos, privados o mixtos; la clara separación de los roles del Estado; la activa participación ciudadana a través de los mecanismos de control social; la sostenibilidad financiera de las empresas prestadoras con marcos regulatorios técnicamente estructurados y una gestión eficiente bajo las normas del derecho privado y por supuesto, la solidaridad, este último, principio rector y soporte de la integralidad del sistema.* (X CONGRESO NACIONAL Y I INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Discurso de Instalación-Conversatorio Doctor José Antonio Vargas Lleras presidente junta Directiva Andesco.)

En cuanto al Ministro de Minas y Energía respecto de la demanda de inconstitucionalidad C-066 de 1997, estableció en su momento: *“el sometimiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a normas de derecho privado, constituye avance en términos de agilidad y eficiencia en su gestión”.*

Jorge Dussan Hitscherich al respecto afirma además: *“La liberalización de los servicios públicos es una reacción al modelo de gestión pública organizado en forma de monopolios estatales, el cual fracasó en la mayoría de los países del mundo debido, principalmente, a la mala administración de las empresas públicas, las cuales eran ineficientes, corruptas y costosas. Por lo anterior, muchos gobiernos consideraron necesario trasladar la responsabilidad sobre la gestión de estos servicios al sector privado, al considerar que los niveles de atención a las necesidades de los usuarios no estaban suficientemente cubiertos y que la principal causa del problema era la ausencia de un sentido de propiedad sobre las empresas...”*

(...) Estas razones llevaron a la mayoría del mundo occidental iniciando con el gobierno de Margaret Thatcher, a privatizar las empresas públicas que desarrollaban actividades de tipo industrial o comercial y transferir a empresarios privados la administración de programas de asistencia social que a pesar de seguir siendo financiados por el Estado, lo aliviaban de una pesada carga burocrática mediante una especie de ‘outsourcing’” (Intervención oficial del ministerio de Minas y Energía en la revisión respecto a la demanda de inconstitucionalidad C-066 de 1997.)

mundo en donde las empresas de servicios públicos han dejado de permanecer en su país de origen y han empezado a competir en un nivel global.

Surgen así grupos empresariales como lo son ISA<sup>9</sup>, ETB<sup>10</sup>, o EPM<sup>11</sup>, los cuales tienen un sinnúmero de filiales y subsidiarias tanto al interior del país como en el extranjero las cuales se han venido constituyendo sin ningún tipo de restricción.

---

<sup>9</sup> Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P – ISA. De conformidad con la versión disponible al público de los estatutos de la empresa[1], (Esto es la Escritura Pública No. 523 de 2008 registrada ante la notaría Pública única de Sabaneta Antioquia, disponible en la página de Internet: <http://www.isa.com.co/>) ISA es una empresa de Servicios Públicos Mixta, domiciliada en la ciudad de Medellín, constituida como sociedad anónima, de carácter comercial, del orden nacional y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sometida claramente al régimen de la Ley 142 de 1994. ISA es una empresa pública cuyas acciones pueden ser adquiridas por el público en general.

ISA E.S.P, es matriz del Grupo ISA, y es la mayor empresa de transporte de energía de Colombia. Su accionista mayoritario es la Nación con una participación del 52.94%. Los demás accionistas son otras sociedades de economía mixta y otras de servicios públicos domiciliarios, como lo son Ecopetrol, la Empresa de energía de Bogotá, y las empresas públicas de Medellín.

ISA ESP tiene filiales tanto al interior del país como en el exterior. La empresas tiene constituidas empresas en Brasil, Perú y Bolivia, al igual que existen más de 5 empresas subordinadas de ésta en el sector de los servicios públicos domiciliarios, entre ellas Transelca S.A. ESP, el Consorcio TransMantaro S.A. ESP, INTERNEXA S.A. E.S.P., y XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. ESP.

<sup>10</sup> Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ESP – ETB. Según la información disponible al público, jurídicamente ETB es hoy una sociedad por acciones, constituida como empresa de servicios públicos, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) es una de las más grandes compañías del sector de las telecomunicaciones de Colombia. Fundada en 1884, ETB no es sólo una de las más sólidas operadoras de telefonía de Colombia, con cerca de dos millones de líneas, sino la primera por número de suscriptores de Internet banda ancha, segmento del mercado de las telecomunicaciones en el que provee a nivel nacional el 34% de las conexiones.

El Distrito Capital de Bogotá posee el 88.4% de sus acciones, en tanto que inversionistas privados tienen el resto del paquete accionario (11.6%). ETB tiene como filiales a las empresas Compañía Colombiana de Servicios de Valor Agregado y Telemáticos S.A. ESP – Colvotel S.A. ESP, una Compañía creada por ETB, mediante la Escritura Pública No. 5157, el 31 de Diciembre de 1992 y Contact Center Américas.

<sup>11</sup> Empresas Públicas de Medellín – EPM. De conformidad con la información disponible al público ([www.epm.com.co](http://www.epm.com.co)), EPM es una empresa de propiedad del municipio de Medellín, creada en 1955. Sin embargo, los antecedentes de la prestación de los servicios públicos en forma organizada, se remontan al siglo pasado: acueducto desde 1888 (servicios consolidados eventualmente en la Empresa del Acueducto), telefonía desde 1891 (sucedió por la Compañía Telefónica de Medellín en 1914), y electricidad desde 1895 (Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas). De

Dicha “constitución” o “creación” de empresas filiales o subsidiarias, se concibe como cualquier figura mediante la cual una empresa sujeta al régimen de servicios públicos domiciliarios, participa en una sociedad diferente, la cual se entenderá como subordinada (es decir filial o subsidiaria) en los términos del Código de Comercio (artículos 260 y 261<sup>12</sup>). Esta figura se entiende independientemente de las transacciones societarias de las que se deriva dicha subordinación, ya sea por

---

conformidad con los Estatutos de la Empresa, ésta se consolidó como un Establecimiento Público Autónomo creado por el Acuerdo No. 58 del 6 de agosto de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín y transformado por el Acuerdo No. 69 del 10 de diciembre de 1997 expedido por el Consejo Municipal de la misma ciudad, en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal denominada Empresas Públicas de Medellín E.S.P. – EE.PP.M E.S.P.

Actualmente EPM ha constituido sin número de filiales y subsidiarias, entre éstas algunas en el exterior del país como lo es la empresa Hidroecológica del Teribé S.A. ESP en Panamá, EPM Inversiones, EPM Telecomunicaciones S.A. ESP, EPM Bogotá Aguas S.A. ESP entre otras.

<sup>12</sup> Artículo 260, Modificado por la Ley 222 de 1995, artículo 26: Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

Artículo 261, Modificado por la Ley 222 de 1995, artículo 27: Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el Parágrafo anterior.

medio de la compra de acciones en una empresa de servicios públicos ya constituida, por medio de una escisión en una empresa nueva, el aporte para la constitución de nueva empresa, ó cualquier otro mecanismo que implique la condición de subordinación en los términos de los artículos anteriormente mencionados. En términos de derecho público, ese mismo fenómeno se ha denominado como entidades descentralizadas indirectas<sup>13</sup>, o entidades descentralizadas de segundo grado, como bien lo establece el Dr. Libardo Rodríguez R. al explicar : “... *las entidades descentralizadas directas, lo mismo que las entidades territoriales, por ser personas jurídicas, pueden, a su vez, participar con otras personas en la creación de nuevas entidades, las cuales corresponderán, por tanto, la figura de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado*”<sup>14</sup>.

Bajo esta figura, surgen muchas de estas empresas de servicios públicos; detentando la condición de filiales y subsidiarias las cuales nunca se preguntaron si deben seguir un procedimiento especial diferente al de cualquier otra empresa del sector real, en donde dicha creación no tiene impedimento alguno (aunque es de común saber que éste no es un sector como cualquier otro, pues tiene íntima relación con la calidad de vida de los ciudadanos, y el cual está altamente regulado)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Término establecido por el Decreto 3130 de 1968, el cual fue derogado por la ley 489 y reemplazado por la figura de “filiales de empresas industriales y comerciales del estado”.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Libardo. Derecho Administrativo, Pág. 138, Ed. 2008.

<sup>15</sup> El Dr. Carlos Alberto Atehortúa Ríos ha establecido en este sentido que “Los servicios públicos no son actividades libres que pueden ejercer los particulares y que deban someterse simplemente a las reglas de la oferta y la demanda, y en consecuencia al derecho privado, sino que se trata de unas actividades en las cuales el Estado debe cumplir tareas especiales de regulación vigilancia y control que hace que su régimen jurídico sea sustancialmente diferente del que se aplica a otro tipo de actividades.” (Carlos Alberto Atehortúa Ríos “Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios” Pág. 51.)

Y de la mano con lo anterior, ha dicho la Corte Constitucional “... *defirió en el legislador la potestad de definir su régimen jurídico anticipando, eso sí, la posibilidad de que los mismos sean prestados por el Estado directamente, o indirectamente a través de comunidades organizadas y*

Económicamente hasta el momento, estas empresas por medio de esta creación de entidades filiales y subsidiarias han podido explotar correctamente su campo, han crecido y brindado un “buen” servicio a sus ciudadanos, lo cual podría decirse cumple a todas luces con el cometido constitucional de la prestación de servicios públicos de manera eficiente<sup>16</sup>. Sin embargo, debido a este beneficio económico no se ha permitido determinar si dicha constitución es realmente una operación que sigue la normatividad aplicable. ¿Que pasará cuando en algún ciclo económico, las grandes y sólidas empresas de servicios públicos se desplomen como lo hicieron en este pasado año 2008 tantas empresas de talla mundial? Fabricantes de vehículos, aseguradoras multinacionales, que fueron ejemplo de solidez y buen manejo, se vieron altamente perjudicadas y vieron como única salida ante una inminente liquidación la de solicitar un apoyo financiero gubernamental. No debemos esperar hasta un momento como lo fuere aquél para preguntarnos si las operaciones de estos gigantes corporativos, que actualmente nos brindan, en cierta medida, tantos beneficios, si en efecto han obrado acorde con la legislación prevista para ellas.

La creación de filiales o subsidiarias en el derecho privado<sup>17</sup> se da simplemente por la constitución de una nueva sociedad, la compra en la participación de su masa accionaria o mediante alguno de los demás mecanismos de subordinación establecidos en los mencionados artículos del Código de Comercio Colombiano, sin atender ningún requisito de autorización estatal o restricción por el hecho de efectuar la operación. De esta manera habría simplemente que seguir los

---

*particulares, pero en todo caso conservando aquél su regulación, control y vigilancia”.* (Sentencia de C-066 de 1997, Corte Constitucional M.P. MORÓN DÍAZ, Fabio. 11 de febrero de 1997.)

<sup>16</sup> Al tratar los servicios públicos, la Constitución si obliga a las autoridades, ante todo, a buscar la eficiencia. Y es así como según los términos del artículo 365 de la Constitución, el Estado debe asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos. (PALACIOS MEJIA, Hugo, El derecho de los servicios públicos, Pág. 54.)

<sup>17</sup> “Derecho Privado” lo entendemos esencialmente como el conjunto de normas que regula las relaciones entre los particulares, planteadas en su propio nombre y beneficio.

requerimientos de constitución de las sociedades comerciales de la misma manera que lo hiciese cualquier otra sociedad nueva o recién constituida atendiendo los requerimientos de existencia y validez de los actos de constitución de éstas. La única restricción *per se* aplicable a la detentación de la condición de filial o subsidiaria, y por ende parte de un grupo corporativo, es el reporte de esta situación en el registro mercantil.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Según Francisco Reyes Villamizar, la Ley 222 de 1995, diferenció técnicamente entre dos clases de sociedades subordinadas: las filiales y las subsidiarias. Por lo tanto respecto de las filiales, existe un control directo por parte de la matriz. Menciona que, *“la propia ley les otorga a las Superintendencias de Sociedades, Bancaria o de Valores, la facultad de declarar, de oficio o a petición de interesado, la situación de control, con el propósito que se surta el registro prescrito en el artículo 30 de la Ley 222. De manera que ante eventuales dudas o conflictos sobre el acaecimiento de un supuesto de subordinación, las susodichas entidades de fiscalización tendrán la última palabra.”* (REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, 2002, Pág. 534.)

En este mismo sentido la Ley 222 de 1995, Artículo 30. establece lo siguiente frente a la inscripción de una situación de Control: *“Artículo 30 Obligatoriedad de Inscripción en el Registro Mercantil.*

*Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el supuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.*

*Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.*

*En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.*

*PARAGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.*

*PARAGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente.”*

Por otra parte en el sector público, la creación de filiales o subsidiarias tiene una condición diferente, siguiendo un procedimiento de “derecho público”<sup>19</sup>, el cual no es simplemente por medio de una decisión de los órganos de administración de una sociedad, los cuales deciden ya sea comprar, escindir o aportar de alguna manera en una persona jurídica distinta, que quedará en condiciones de subordinación; en el caso de entidades públicas debe siempre mediar una autorización de tipo estatal.

El procedimiento de creación de filiales en derecho público está principalmente regulado por la ley 489 de 1998, el cual en nuestra opinión no es tampoco clara en sí misma, y pudiere ser un temario para profundizar de la misma manera que se efectúa en este documento. En todo caso, para efecto de nuestro análisis tenemos como ciertos con base en lo conceptuado por el Concejo de Estado, que la creación de filiales por parte de las entidades públicas está regulado por el artículo 49 de la mencionada ley en donde se harán por medio de ley o con autorización de esta y en los casos de las entidades establecidas en el parágrafo de la misma, se harán con autorización del Gobierno Nacional, Gobernador del departamento, o el Alcalde del municipio dependiendo de la naturaleza de la entidad<sup>20</sup>.

Las empresas de servicios públicos que actualmente detentan subsidiarias, han seguido el procedimiento de derecho privado, creando dichas filiales o

---

<sup>19</sup> “Derecho Público” se le denomina, de la misma manera que lo hiciese el autor Dr. Hugo Palacios Mejía como el “conjunto de normas que regulan la existencia y operación de los órganos del Estado, y los derechos fundamentales que éste le reconoce a las personas”. (PALACIOS MEJIA Hugo. El derecho de los servicios públicos, Pág. 5)

<sup>20</sup> En este sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en varias oportunidades. En concepto 1.588 del 19 de noviembre de 2004, estableció “De conformidad con el artículo 49 de la ley 489/98, la creación de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado como las llamaba la legislación anterior, y la de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, se hará de acuerdo con las disposiciones de la misma, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden, o del Gobernador o Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal”, según el caso.” (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicios Civil, Concepto No. 1.588, 19 de noviembre de 2004, MP: MONTES CORTÉS, Susana).



subsidiarias por medio de decisiones de sus órganos corporativos, atendiendo los mismos requisitos de forma que sigue la creación de una nueva o empresa independiente de servicios públicos<sup>21</sup>, sin atender nunca a una autorización estatal, como si fuere el caso de las demás entidades públicas.

Ahora bien, como dijimos anteriormente, dado que es una operación que se ha convertido en cotidiana y la cual incluso ha funcionado económicamente hasta el momento, no ha sido objeto de juicioso estudio<sup>22</sup>. Tenemos así mismo a todo el sector de las empresas de servicios públicos asumiendo y con suficientes argumentos para defender la postura de que no se necesita autorización alguna y que estos son actos del giro ordinario de sus negocios regidos por el derecho privado. A su vez tenemos que el rol de la Superintendencia no tiene mayor manera de actuación, pues este no es un tema sobre el cual exista ni regulación clara ni debate establecido actualmente. La Superintendencia tiene el rol de simplemente mantener un registro de la creación de entidades<sup>23</sup> y el manejo de sus actuaciones, más nunca el de auditar si la creación estuvo en efecto en concordancia con la normatividad aplicable, la cual para rematar, es en este caso difusa.

---

<sup>21</sup> Requisitos formales como lo fuere la denominación como Empresa de Servicios Públicos en su razón social ó ESP, el registro y remisión periódica de información a la Superintendencia de Servicios Públicos, o el seguimiento de normatividad especial aplicable en los sectores objeto de Comisiones de Regulación como lo son el sector de las telecomunicaciones, de energía eléctrica y gas sujetas a su vez a la normatividad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones - CRT y la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.

<sup>22</sup> No existe actualmente ningún estudio o cuestionamiento respecto a la legalidad de la creación de empresas de servicios públicos como filiales o subsidiarias de las empresas de servicios públicos ya constituidas. La gran cantidad de estudios relacionados con ello se concentran en la naturaleza o no estatal de las mismas. Entendemos que la razón de ser de ello es que no se ha cuestionado nunca la legalidad de dicha constitución por la única entidad gubernamental que pudiese hacerlo: la Superintendencia de Servicios Públicos, quien tampoco se ha pronunciado frente a ninguna petición de información al respecto.

<sup>23</sup> El registro de prestadores de servicios públicos domiciliarios - RUP, la obligatoriedad del recibo de información financiera y demás requerimientos formales.

No existe norma específica que determine la manera en que las entidades prestadoras de servicios públicos puedan constituir empresas filiales o subsidiarias, es decir, no prevé la normatividad especial de servicios públicos una mención específica a cual es el procedimiento especial que deben seguir los prestadores de servicios públicos para la creación de dichas filiales.

La ley de servicios públicos, se limita simplemente a mencionar que hay libertad para la creación de empresas de servicios públicos y que las empresas de servicios públicos podrán efectuar aportes en otras<sup>24</sup>, sin especificar de que manera, bajo que reglas o cual procedimiento<sup>25</sup>. No solo ello, sino que tampoco existe un pronunciamiento jurisprudencial específico al respecto, ni de la Corte Constitucional ni del H. Consejo de Estado<sup>26</sup>.

Como elemento fundamental para resolver el vacío de la ley 142 de 1994 sobre este tema, se debe acudir y emitirse entonces al régimen subsidiario que debe aplicarse en caso de vacío legal en la norma especial de servicios públicos domiciliarios. Por lo anterior surge entonces la segunda gran pregunta derivada de este tema y es ¿cual es el régimen legal aplicable en subsidio al régimen los servicios públicos domiciliarios? ¿Es el derecho público o el privado? ¿El Código de Comercio o la Ley 489 de 1998? Como dijimos a comienzos del presente documento, el derecho de los servicios públicos es de carácter especial, por lo que prima sobre las demás normas dentro de su espectro de aplicación, pero en caso de vacío, no hay siempre una remisión expresa a algún otro cuerpo normativo. Hay remisión expresa a la aplicación del derecho privado para los actos, algunos

---

<sup>24</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 10 y Parágrafo artículo 18.

<sup>25</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 18 parágrafo.

<sup>26</sup> El concepto 1066 de 1997 del H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Dr. Cesar Hoyos, puede ser entendida como un pronunciamiento doctrinario expresamente relacionado con el tema, sin embargo, al ser expedido con anterioridad a la Ley 489 de 1998 no presenta una validez actual y por ende no se toma en cuenta como una doctrina definitiva. Existen muchísimos pronunciamientos relacionados más nunca uno específico similar al 1066.

contratos y otros casos<sup>27</sup>. También hay claridad respecto a la aplicación del derecho público en cuanto al uso de prerrogativas públicas, al procedimiento judicial en resolución de conflictos<sup>28</sup>. Pero en el caso de creación de filiales entonces, ¿cual sería el conjunto de normas aplicables de manera subsidiaria? Para resolver ambas preguntas hay que remitirse a una tercera pregunta, , y es si todas las entidades prestadoras de servicios públicos hacen parte de la administración pública, es decir ¿son entidades estatales detentando función

---

<sup>27</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 19.17, 27.7, 32, parágrafo artículo 39.

<sup>28</sup> En concepto 0116 de 2003 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se dijo, "*Pero así como la ley 142 en algunas materias formuló pautas de comportamiento para las empresas de servicios públicos propias de los relaciones entre particulares, respecto de otros asuntos, las dotó de ciertas facultades o privilegios de que gozan las autoridades públicas.*

*Tal es el caso de las potestades que les confiere la ley con relación al contrato de servicios públicos, particularmente en relación con los actos de facturación, suspensión y corte del servicio, los cuales, además, se consideran actos administrativos, o el procedimiento para la imposición de sanciones en el cual se debe observar el debido proceso que rige para las actuaciones administrativas".*

Estas prerrogativas conferidas por la ley a las empresas de servicios públicos, permiten tanto la imposición de sanciones como la terminación del contrato. En efecto, respecto de la primera- la imposición de sanciones- el artículo 142 de la Ley 142 de 1994 dispone que para el restablecimiento del servicio por causa imputable al suscriptor este deberá pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión, y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato; esto es, que la ley facultó de manera expresa a las empresas de servicios públicos para sancionar las violaciones al contrato de servicios públicos (...)"

Igualmente la Corte Constitucional al respecto dijo en Sentencia C- 263 de 1996: "*Diferentes disposiciones de la ley [142](#) de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley [56](#) de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159). Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados".*

administrativa? Este debate lo plantea ya el Dr. Hugo Palacios Mejía en su libro de los servicios públicos domiciliarios. A su vez viene siendo un largísimo debate dentro de todos los doctrinantes de la materia además de entre los diferentes magistrados de las diferentes altas cortes que han tocado el tema de alguna manera. ¿Porque viene a aplicarse directamente esta pregunta con nuestro tema? Pues, como lo establece el Dr. Hugo palacios Mejía *“La pregunta es importante porque, en la medida que la respuesta sea positiva (es decir que los servicios públicos domiciliarios fueren entendidos como función administrativa), es probable que las autoridades tiendan a resolver los problemas de interpretación o los vacíos que presentan las leyes sobre los servicios públicos apelando a las normas que regulan la actividad de la rama administrativa del poder público, aún si el prestador de servicios es un particular”*(Paréntesis fuera del texto original)<sup>29</sup>.

Es así como, con base en la respuesta a estas preguntas, que a su vez, responderemos con base en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, responderemos la pregunta central de nuestro documento, siendo ello: ¿cuál es el régimen aplicable a la creación de filiales y subsidiarias para las empresas de servicios públicos en Colombia?

Al responderse a esta pregunta se podrán determinar las reglas y los procedimientos que deberá seguir dicha constitución de filiales o subsidiarias. Si se concluyese que el régimen jurídico aplicable es el del derecho privado, se tendrán que aplicar las normas del Código de Comercio y las leyes relacionadas (tal como la ley 222 de 1995), que regulan la participación en sociedades, establecen el procedimiento de autorizaciones internas de los órganos corporativos y demás reglas para publicidad y eficacia de los actos de constitución de subordinadas. Ahora bien, si se concluyese que el régimen aplicable es el régimen de derecho público, se entraría en el campo de derecho administrativo, la

---

<sup>29</sup> PALACIOS MEJIA, Hugo, El Derecho de los Servicios Públicos, Bogotá, 1999, Pág. 22

aplicación del artículo 49 de Ley 489 de 1998, en donde se establece que las entidades descentralizadas indirectas se constituirán con arreglo a las disposiciones de la misma ley y, en todo caso, previa autorización del gobierno o entidad territorial dependiendo del caso, asumiendo que al existir una naturaleza estatal de las entidades existe un carácter político en su manejo.

El debate se da bajo argumentos que alegan por la aplicación de un régimen normativo u otro con base en razones políticas, económicas y sociales, y varias de estas fundamentadas en algún tipo de pronunciamiento institucional que puede entenderse como fuente subsidiaria de derecho y en este caso, pilar para resolver la discusión<sup>30</sup>.

De esta manera existe el sector que alega por la aplicación del régimen jurídico privado, con base en la eficiencia, la libre competencia y la libertad que se quiere brindar a los servicios públicos en Colombia. Este sector interpreta y aplica las normas relacionadas que existen en la ley de servicios públicos y la jurisprudencia para llegar a la conclusión de que le es aplicable este régimen pues da así la flexibilidad y eficiencia necesaria para las empresas del sector.

Por otro lado, esta la tendencia conservadora o tradicional que interpreta el vacío normativo con una inclinación hacia lo estatal, y en donde es el Estado y sus órganos los cuales tienen la responsabilidad de liderar y procurar por el correcto manejo de los servicios públicos de la Nación, y por lo tanto, debe ser éste quien

---

<sup>30</sup> De conformidad con los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887: "...ARTICULO 4o. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes (...).

ARTICULO 8o. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho..."

deberá estar a cargo de autorizar y controlar la creación de filiales como lo hiciese con las demás entidades administrativas.

Es finalmente un conflicto de principios, entre la libre empresa, la libre competencia y eficiencia entendida como un resultado de flexibilización y manejo privado de las entidades de servicios públicos, enfrentado con el principio de intervención estatal en la prestación de servicios públicos, dada su naturaleza altamente social y esencial, la cual no puede simplemente estar en cabeza de las empresas y sus dirigentes.

El debate podría decirse tiene además una raíz histórica, en donde la tesis que pregona por la aplicación del derecho privado se puede considerar como vanguardista, alegando por la tendencia mundial de desregulación y en contra de la vieja correlación entre servicio público y rol del Estado. En cambio, el sector que alega por la aplicación del derecho público podría decirse es más tradicionalista, aplicando un régimen de la misma manera en que se hacía antes de la promulgación de la nueva constitución y la nueva ley de servicios públicos, proponiendo una actitud proteccionista y velando por lo estatal.

Dicho debate el cual, como ocurre en el derecho Colombiano, ha sido aún más polarizado por parte del jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bajo la última sentencia C-736 de 2007 el tema se convirtió más confuso, pues se entiende como una contradicción con lo establecido por esta misma entidad anteriormente<sup>31</sup> estableciendo que los operadores de servicios públicos domiciliarios en donde haya un aporte estatal, son entidades estatales.

---

<sup>31</sup> Según lo establecido en la Sentencia C-736 de 2007 se nota la intención de los actores para incoar la inconstitucionalidad de los porcentajes legales de la Ley 142 de 1994, respecto a lo que se considera como entidad mixta, privada y oficial con base más que todo en la Sentencia C-953 de 1999 emitida por esta misma entidad. Sin embargo, la Corte Constitucional estableció que dichas sociedades de servicios públicos tendrán un carácter diferente al de las demás entidades por lo que las empresas de servicios públicos mixtas y privadas serían estatales, cuando quiera que haya un aporte estatal, declarando así la exequibilidad de dichos artículos.

Dichas posturas tienen diferentes matices. Cada una responde a preguntas como: ¿Se aplican a los prestadores de servicios públicos domiciliarios las normas expedidas para ser aplicadas a las entidades públicas, estatales, descentralizadas y en general a las que hablen de entidades del Estado?, ¿Se le aplica a todas las entidades descentralizadas?; ¿Se incluye a los particulares que prestan los servicios públicos? y ¿Se aplica a los particulares que prestan servicios públicos en otras jurisdicciones?

Para además preguntarnos ¿debe una empresa de servicios públicos tener la misma libertad, al igual que una sociedad privada, para aportar activos, ser accionistas, comprar, o escindirse en una sociedad nueva? ¿Debe tener en vez, unas reglas iguales a las de las demás entidades de la administración, en las cuales debe mediar una autorización expresa mediante ley, decreto o acuerdo? ¿Que pasa cuando son los recursos públicos de una nación los que están en juego, los cuales se están escindiendo o se están invirtiendo o gastando en otra entidad? O al revés, ¿Qué pasa si una entidad denominada como privada, debe sufrir limitaciones por el hecho de prestar este servicio especial?

Todas las tesis son válidas dada la inexistencia de norma o jurisprudencia específica al respecto, y por ello, la finalidad de este documento es analizar y llegar a una única conclusión, la cual tenga el mayor fundamento jurídico al respecto, independientemente de los argumentos políticos sociales o económicos.

Sin ánimo de ser peyorativos con otras disciplinas intelectuales, actualmente el sector de los servicios públicos y del derecho mismo se llenó de “ingenieros litigantes” y de “contadores constitucionalistas”<sup>32</sup> que nos han cambiado las fuentes del derecho. En donde a veces vale más una circular de alguna entidad, el

---

<sup>32</sup> Términos utilizados por el Dr. Carlos Alberto Atehortúa en su ponencia del X Congreso nacional e internacional de Servicios Públicos Domiciliarios

concepto de un funcionario, la opinión del gerente que la ley misma o que un fallo de la Corte Constitucional.

### **1.1. LA NORMATIVIDAD RELACIONADA CON LA CREACIÓN DE FILIALES Y SUBSIDIARIAS DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Como establecimos anteriormente, no existe norma expresa que determine el régimen jurídico aplicable a la constitución de subordinadas por parte de las ESP's, no obstante, , hay algunos artículos que entran a ser aplicables a este tema. .

El primer aspecto aplicable es el principio constitucional de la libertad de empresa. Toda la ley de servicios públicos desarrolla este principio propendiendo porque la prestación de dichos servicios no corresponda solamente al Estado, sino que particulares pueden hacerlo, sin que el Estado deje de intervenir en su regulación, vigilancia y control a través principalmente de la Superintendencia de Servicios Públicos. La libertad de empresa está establecida principalmente en el artículo 333 de la Constitución política y regulado y adecuado al régimen de servicios públicos en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994.

Dicho artículo podría interpretarse como base para argumentar que es una libertad absoluta y que implica la libertad de crear filiales o subsidiarias de la forma que lo hiciese cualquier otra persona en otro sector. Sin embargo, este enunciado simplemente permite a las personas, a prestar servicios públicos dentro de los parámetros que se exijan para dicha actividad, pero nunca implica la libertad de involucrarse en el sector equiparándolo como cualquier otro sector económico y por ende, respecto a nuestro tema, la libertad de crear filiales y subsidiarias en cualquier momento y forma.



La prestación de los servicios públicos se presenta únicamente cuando se hace por una de las modalidades autorizadas por la Ley 142 de 1994, esto es i) Bajo la forma de empresas de servicios públicos<sup>33</sup>, ii) De forma marginal, independiente o auto-abastecedora<sup>34</sup>, iii) Directamente por los municipios, o la Nación<sup>35</sup>, iv) Como entidades autorizadas para prestarlos servicios públicos durante los periodos de transición previstas en la misma Ley<sup>36</sup>, y v) excepcionalmente como empresas industriales y comerciales del estado<sup>37</sup> y, vi) mediante organizaciones especiales para ciertas zonas rurales o urbanas específicas.

Ahora bien, son únicamente las Empresas de Servicios Públicos (quienes constituyen la forma más común de prestación de servicios públicos), las únicas con capacidad de crear filiales y subsidiarias, por lo cual son sólo estas las cuales tiene relación con el tema del presente texto. Se tiene por sentado que las demás figuras se sujetan automáticamente al régimen de derecho público en caso de no haber norma expresa en la regulación especial de servicios públicos<sup>38</sup>. Por otro

---

<sup>33</sup>Ley 142 de 1994. Numeral 15.1.

<sup>34</sup> Ibídem. Numeral 15.2. Fue con la Ley 689 de 2001 que se le dio la definición de “*productor marginal*” a la “*persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal* (Ley 689 de 2001. Diario Oficial No. 44537 de agosto 31 de 2001.)”

<sup>35</sup> Ibídem. Numeral 8.6 y 15.3

<sup>36</sup> Ibídem. Numeral 15.5

<sup>37</sup> Ibídem. Numeral 15.6, parágrafo 1 artículo 17 y 180. Existe sin embargo una excepción que consagra el parágrafo de la misma norma en mención: “*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*”, frente a lo cual se ha dicho en Concepto 756 de la Superintendencia de Servicios Públicos que “*de lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994 y 2o de la ley 286 de 1996 se concluye que la opción de transformarse en empresas industriales y comerciales del Estado sólo es aplicable a las entidades descentralizadas que al entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 estaban prestando un servicio público, y no a los prestadores que se organizaron como Empresas de Servicios Públicos en cumplimiento de la Ley 142 de 1994*”.

<sup>38</sup> Sobre la prestación de los municipios directamente se tiene claro que éstos claramente se someten al régimen de derecho público. Así lo ha establecido la Corte Constitucional al decir “*En este orden de ideas, en procura de los cometidos señalados por el artículo 365 y siguientes de la*

lado, frente a las empresas prestadoras de servicios públicos constituidas como empresa industrial y comercial del estado, aunque podrían también constituir filiales o subsidiarias, frente a éstas también la doctrina ha sido casi unánime en que también debe sujetarse en subsidio al derecho público en caso de vacío de norma especial de servicios públicos.

Las Empresas de Servicios Públicos según la Ley 142 de 1994 en su artículo 17, son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos<sup>39</sup>. Adicionalmente la ley de servicios públicos clasifica los tipos de

---

*Constitución se expidió la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Esta ley dispuso en su artículo 32, como regla general, que la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, independientemente del tipo empresarial de que se trate, esto es: empresa de servicios públicos oficial, mixta, privada o empresa industrial y comercial del Estado. Siendo clara la inaplicabilidad de esta regla a los municipios cuando asuman la prestación de los mencionados servicios a través de su administración central, ya que por no encajar dentro del concepto de empresa deberán estar a lo reglado en el derecho público, salvo en lo dispuesto por el artículo 31 de la misma ley en materia contractual". (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-558/01, Referencia: expediente D-3269, Magistrado Ponente: ARAUJO RENTERIA, Jaime).*

<sup>39</sup> Lo que en algún momento generó la discusión sobre el tipo de sociedades por acciones que se estaría hablando, para lo cual quedó descartado el tipo de sociedades en comandita, ya que su estructura e integración de los órganos de dirección no corresponden a las empresas de servicios públicos. A lo cual el profesor Francisco Reyes Villamizar mencionó: *"Es evidente que la regulación de la Sociedad en Comandita es incompatible con la tipología normativa de la Empresa de Servicios Públicos. Un solo aspecto es suficiente para demostrar este aserto. El artículo 19-16 de la Ley 142 de 1994 determina que "la composición de las Juntas Directivas de las empresas que presten Servicios Públicos Domiciliarios se regirá únicamente por la Ley y sus estatutos, en los cuales se establecerá que en ellos exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria". Como se sabe, en la Sociedad en Comandita por acciones la Junta Directiva es un órgano administrativo meramente potestativo, dado el hecho de que la administración de la compañía le corresponde exclusivamente al socio o socios gestores. Por esa misma razón y debido a que los accionistas y socios comanditarios están excluidos de la gestión de los negocios sociales, en los casos en que exista Junta Directiva en la Sociedad Comanditaria, ésta debe ser designada por los gestores, sin injerencia alguna de los comanditarios. Se hace imposible así cumplir el mandato imperativo del precitado artículo 19-16, que exige, según acaba de decirse, la participación de las distintas acciones de accionistas en la composición de la Junta Directiva". (REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Pág. 170)*

Sin embargo existían algunos que decían que la ley al no distinguir el tipo de sociedades acciones, se referían tanto a las sociedades anónimas, como a las comandita por acciones, indistintamente.

Pese al no diferir de las reglas del Código de Comercio, se puede entender que el régimen previsto en la Ley de Servicios Públicos es el de responsabilidad limitada, es decir hasta el monto de sus aportes, como también quedó establecido en el concepto 756 de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos: *"las empresas de servicios públicos son sociedades por*

empresas de servicios públicos dependiendo de la participación del estado en ellas, quien los define en su artículo 14 de la siguiente forma:

*14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

*14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

*14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.*

Esta clasificación corresponde a una especie con respecto al género de empresa de servicios públicos. Nótese que en este numeral de la ley no se habla de empresas industriales y comerciales del Estado pues estas no tiene carácter de empresa de servicios públicos como tal, y estas aunque sujetas al régimen especial de servicios públicos domiciliarios, como establecimos anteriormente, tendrán sujeción clara a las normas aplicables a este tipo de entidades con respecto a lo no regulado por las normas de servicios públicos.<sup>40</sup>

---

*acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley”; a su vez el artículo 19 precisa una serie de reglas para las mismas y el numeral 19.15 remite, en lo demás, a la regulación de las sociedades anónimas en el Código de Comercio”. Particularidades propias de la Ley de Servicios Públicos.*

<sup>40</sup> En este sentido el Dr. CARLOS Alberto Atehortúa ha establecido: “Lo primero que debe señalarse es que a pesar de que las EICE son clasificadas como entidades descentralizadas de la rama ejecutiva del poder público, el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas cuando prestan servicios públicos sometidos a la Ley 142, no es el ordinario, contenido en la Ley 489 de 1998 y en las normas sobre descentralización administrativa, como sucede con las demás EICE, pues, la normatividad que les es aplicable es el especial y está contenida en la Ley 142, tal como

Las empresas oficiales de servicios públicos son aquellas que se han estructurado como empresas de servicios públicos, cuyo capital esta compuesto por acciones de conformidad con lo establecido por la Ley 142 de 1994, pero en donde el 100% de su capital, (esto es la totalidad de las acciones emitidas y en circulación de dichas sociedades) es de propiedad de la Nación, ya sea a través suyo, o por medio de alguno de sus órganos, por lo cual así no las detentase la persona jurídica Nación, si dicho 100%, fuera capital publico, esta detentará a su vez la calidad de empresa oficial.<sup>41</sup>

La empresa oficial al igual que la empresa industrial y comercial del estado, al ser parte de la administración<sup>42</sup>, sigue en subsidio del régimen de excepcional de servicios públicos el régimen previsto para las entidades estatales, es decir la Ley

---

*se deriva del párrafo del artículo 17 de la misma Ley y del artículo 84 de la Ley 489 de 1998. Sólo en asuntos no regulados en la Ley 142, ni en las normas legales que por remisión expresa se integran a ella, a las EICE se aplica la Ley 489 y esto será especialmente en los asuntos referidos a su estructura orgánica y a su forma de creación.” (ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto “Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios”)*

<sup>41</sup> Según el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos “Se ha planteado la discusión sobre la naturaleza jurídica que tienen los aportes de las sociedades de economía mixta y de las ESP mixtas en este tipo de sociedades, pues mientras para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, estos son aportes de entidades descentralizadas y así deben tenerse; y por lo tanto, pueden existir ESP oficiales en la que al menos en forma indirecta existen aportes privados, para la Corte Constitucional ESP oficiales tienen que tener el ciento por ciento de sus participación estatal y por lo tanto en ellas no se puede admitir la participación de ESP mixtas (En este sentido ver, sentencia C-290 de 2002, de la H. Corte Constitucional.)

En nuestro criterio la Corte Constitucional tiene la razón en este caso, pues la determinación de si las ESP son estatales o mixtas, no podría deducirse del tenor literal del numeral 14.5 de la ley 142, sino que requiere examinarse también a la luz del numeral 14.6 del mismo artículo 14 y del artículo 467 del Código de Comercio, que fija como criterio orientador de la interpretación la forma como debe tomarse la participación de una sociedad de economía mixta en otra sociedad y cuales aportes deben tenerse como aportes estatales (186 En efecto el artículo 467 del Código de comercio establece: Art. 467.- Para los efectos del presente Título, se entiende por aportes estatales los que hacen la Nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas. Cuando el aporte lo haga una sociedad de economía mixta, se entiende que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social.” (ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto “Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios”)

<sup>42</sup> Ley 489 de 1998. Artículos 36 y 68.

489 de 1998 y las normas que lo adicionen complementen o modifiquen<sup>43</sup>. Por lo tanto, tampoco habría duda, al igual que con las empresas industriales y comerciales del estado prestadoras de servicios públicos, que les es aplicable el derecho público en ausencia de norma especial de servicios públicos, como lo es en tanto a la creación de filiales y subsidiarias y por ende la necesidad de autorización gubernamental dependiendo del tipo de empresa que se quiere constituir<sup>44</sup>. Por lo anterior, estos dos tipos de prestadores no son objeto de nuestro análisis dado que sobre ellas no existe discusión alguna actualmente.

En un segundo renglón están las empresas de servicios públicos mixtas, las cuales, según la ley de servicios públicos, son únicamente las que tienen igual o más del 50% de capital de la Nación.

Respecto a esta especie de empresas se zanjó el interrogante de si éstas correspondían a la tipificación que hace la ley 489 de 1998 sobre sociedades de economía mixta<sup>45</sup>. Según un primer criterio, las ESP mixtas configuran una nueva especie del género de sociedades de economía mixta. Esta fue la tesis adoptada por la mayoría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con base en lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y en un ejercicio de incorporación de los argumentos expresados por la Corte Constitucional en la sentencia C-963 de 1999, donde, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del

---

<sup>43</sup> Ibídem. Artículo 84.

<sup>44</sup> En este sentido también ha dicho el Dr. Carlos Alberto Atehortúa: *“Un aspecto importante para examinar es el relativo a la aplicación o no del párrafo del artículo 49 de la Ley 489, en lo relativo a la autorización del Presidente, el Gobernador o el Alcalde cuando se pretende la constitución de una entidad descentralizada indirecta.(...)”*

*(...)Por lo anterior si una empresa de servicios públicos oficial decide constituir o ser socia de otra empresa o de una entidad descentralizada, si requiere de autorización del Presidente, Gobernador o el Alcalde y además debe actuar conforme a sus estatutos y a las reglas del derecho común.”* (ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto “Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios” Pág. 172)

<sup>45</sup> Op. cit. Ley 489 de 1998. Artículo 97.

artículo 97 inciso 2° de la Ley 489 de 1998, la Corte había considerado que toda sociedad en donde hubiese participación estatal y privada, sin consideración al monto del aporte público, constituye una sociedad de economía mixta<sup>46</sup>.

A su turno, una segunda postura (minoritaria en el interior de dicha Sección del Consejo de Estado y dominante en la doctrina) estimó que las empresas de servicios públicos mixtas no configuran una modalidad de las sociedades de economía mixta, sino que son una categoría especial del género empresas de servicios públicos domiciliarios, regulado en forma particular por la Ley 142 de 1994.

El tema se resolvió finalmente por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, (aunque en nuestra opinión terminó por agitar aún más la discusión) en donde no sólo no asimiló a las empresas de servicios públicos mixtas con las sociedades de economía mixta, sino que encontró que dicha asimilación era inconstitucional. Por lo tanto este tipo de empresas de servicios públicos, de conformidad con la más reciente jurisprudencia no tiene relación alguna con las sociedades de economía mixta establecidas en la Ley 489 de 1998.<sup>47</sup>

Por lo tanto, en caso de que existiese una participación pública en el capital de una empresa de servicios públicos del 50.1%, ésta tendría la naturaleza de mixta, pero no de sociedad de economía mixta.

---

<sup>46</sup> Por medio de la declaración de inexequibilidad del inciso segundo de dicho artículo que establecía: *“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.”* esta corporación consideró que toda sociedad en donde hubiese participación estatal y privada sin consideración al monto del aporte público, constituye una sociedad de economía mixta. Corte Constitucional Sentencia C- 953 de 1999 del 1 de diciembre de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>47</sup> La evolución jurisprudencial al respecto así como un más adecuado análisis sobre esta sentencia se incluye en el capítulo correspondiente, más adelante.

De la mano con lo anterior, la empresa de servicios públicos privada, (la cual entra a ser la más interesante de todas de acuerdo con lo que dice la ley de servicios públicos y la jurisprudencia constitucional), puede o no tener capital público y continuar siendo catalogadas, al menos en nombre, como empresas de servicios públicos privadas. Por lo cual podríamos decir que en nuestro entender existen unas empresas de servicios públicos “privadas-privadas” y otras “privadas-públicas”, en donde estas segundas aunque detentan su condición de empresas de servicios públicos privadas, tienen participación pública.

De esta manera, de la mano con el ejemplo utilizado anteriormente, al existir una empresa de servicios públicos domiciliarios con una participación del Estado en este caso con un 49.9% de su capital, estamos frente a una empresa de servicios públicos privada, más no mixta pues no se esta superando el tope establecido en la ley, aunque, en la práctica y en esencia no estamos hablando de una empresa de servicios públicos de particulares como tal, pues es evidente el alto porcentaje de participación de capital público, el cual incluso, al interior de la entidad puede darle el control de la misma.

Doctrinariamente se ha hecho la mencionada diferenciación, entre entidad de servicios públicos privada con aporte estatal, y sin él; en donde se ve, en ambos casos, una empresa de servicios públicos privada, donde la primera tiene algo de “público” o “mixta” mientras que la segunda sería 100% privada.

Como segundo elemento normativo de importancia para analizar en nuestro texto, es el párrafo del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, sobre la cual se hizo breve mención anteriormente, y el cual otorga la posibilidad a las empresas de servicios públicos para *“participar como socias en otras empresas de servicios públicos”*<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Op. cit. Ley 142 de 1994. Artículo 18. (...) Parágrafo: “Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto,

De la lectura de ello se podría entender que existe una autorización legal, pues está plasmada en una ley de la república, para involucrarse como socia de otras empresas de esta misma naturaleza. A nuestro entender, ello en efecto constituye una autorización de participación, más no determina bajo cual régimen se debe consistir la filial o subsidiaria. En éste orden de ideas, lo que prevé el parágrafo del artículo 18 es que no se necesita una ley específica para la participación en cualquier tipo de contrato, asociación o incluso como socia de otra empresa de servicios públicos, pero esto no determina ni el régimen o el procedimiento especial a seguir en cuanto a la creación de filiales, como tampoco exceptúa de la aplicación de la ley 489 de 1998 en subsidio de la norma especial de servicios públicos en el tema de participación en otras empresas de servicios públicos para las empresas oficiales o industriales y comerciales del estado prestadoras de dichos servicios. En el mismo sentido, no determina o exceptúa de la aplicación de algún régimen específico para las empresas de servicios públicos mixtas o privadas.

Por lo mismo, de este artículo no se puede concluir que el régimen aplicable sea el privado para dicha constitución de filiales, pues establece una mera facultad que tienen estas empresas de la misma forma que lo hacen otros artículos que en ningún caso le están regulando la manera de ejecutar la facultad, como lo son por ejemplo los artículos 10, 15, 27.2, 48 y 57<sup>49</sup>. Este último artículo siendo un ejemplo

---

si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.”

<sup>49</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Artículo 15. Personas que prestan Servicios Públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.



claro y análogo de este argumento, pues establece la facultad de las empresas de servicios públicos de imponer servidumbres o hacer ocupaciones temporales, lo cual para cualquiera es evidente que no implica una libertad absoluta de efectuar dichos actos. Es decir, no por lo establecido en este artículo la empresa de servicios públicos podrá libremente efectuar una ocupación en propiedad privada sin limitarse a los procedimientos específicos que existen para ello. Incluso más

---

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17.

Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales. (...)

27.2. Podrán enajenar sus aportes, para lo cual se tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de conformidad con esta ley y en desarrollo del precepto contenido en el artículo 60 de la Constitución Política.

Artículo 48. Facultades para asegurar el control interno. Las empresas de servicios públicos podrán contratar con entidades privadas la definición y diseño de los procedimientos de control interno, así como la evaluación periódica de su cumplimiento, de acuerdo siempre a las reglas que establezcan las Comisiones de Regulación.

Artículo 57. Facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar.

absurdo todavía entender, que se trate de un acto entre privados respecto del cual se podrán interponer únicamente acciones civiles.

En todo caso, quienes defienden la postura de la aplicación del régimen de derecho privado interpretan ampliamente el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, para concluir que consiste en una autorización legal general para que estas empresas puedan constituir filiales sin ningún requisito adicional.

Con base en este artículo estableció en su momento la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado en concepto 1066 de 1995, que existe en virtud de este artículo, un mandato de Ley, y por ende libertad para crear dichas filiales de la misma manera que lo pudiere hacer cualquier otra empresa privada, independientemente de la naturaleza de la empresa de servicios públicos (privada, mixta, oficial) dado que la norma no limita la aplicabilidad de su contenido a algún tipo de empresa de servicios públicos en específico. Sin embargo, no estamos de acuerdo con este concepto, y en todo caso, al ser emitido con anterioridad a la expedición de la ley 489 de 1998 consideramos no es aplicable actualmente<sup>50</sup>.

Otro elemento normativo es el artículo 32 de la ley 142 de 1994 el cual establece que los actos de 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”*, se rigen por el derecho privado<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Respecto a éste concepto se hará una referencia en profundidad más adelante.

<sup>51</sup> Ley 142 de 1994, Artículo 32: *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, 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 regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.*

*La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.*

Jorge Dussán establece en este sentido que “...el cambio fundamental consiste en que todas las empresas prestadoras de servicios públicos, sin importar el origen del capital, han quedado sujetas, al régimen de derecho privado como regla general, en especial en cuanto a sus actos, la celebración de contratos, las relaciones con sus trabajadores...”

Así mismo, se podría interpretar que la creación de filiales y subsidiarias por parte de las empresas de servicios públicos, es en efecto uno de los muchos actos de los que se refiere el artículo 32 y respecto de los cuales se deben regir por el derecho privado. La discusión se plantea en que si es o no un acto regular de las empresas la creación de una filial, el cual se debe regir por el derecho privado como cualquier otra empresa. Lo que a nuestro entender, no lo es.

Las Empresas de Servicios públicos se deben sujetar a un régimen especial como lo hacen no sólo otras entidades administrativas, sino empresas privadas de otros sectores como el financiero sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera<sup>52</sup>, o las demás entidades sujetas a un control específico como lo son las empresas de vigilancia privada, o las prestadoras de salud.

La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 32 en cuestión, en sentencia C-066 de 1997, establece que dicho artículo le da a las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios facultades respecto a la administración y derechos de los accionistas al interior de la sociedad, más nunca establece que sea un

---

*Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.”*

<sup>52</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículos 53 y 88, Circular 007 Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, capítulo II.

derecho amplio y aplicable a todo tipo de actuación de una empresa de servicios públicos<sup>53</sup>

Aunque dicha sentencia declara exequible al artículo 32, no existe un pronunciamiento de fondo sobre el alcance del mismo. Se entiende que la Corte establece la manera de interpretar este artículo, siendo ello de forma restrictiva, en donde los actos se reducen a la administración y derechos de los accionistas con respecto a la sociedad, por lo que en efecto el artículo no riñe en ningún sentido con la Constitución Política, como tampoco es aplicable a la creación de filiales como un acto de los sujetos de derecho privado.

## **1.2. POSTURAS DOCTRINARIAS FRENTE A LA DISCUSIÓN**

Los argumentos que esbozan los sectores de la doctrina defendiendo alguna de las posturas sobre la aplicación de un régimen específico a la creación de filiales y subsidiarias son los siguientes.

### **1.2.1. Tesis de la aplicación del régimen de derecho privado.**

La tesis de la aplicación del régimen de derecho privado es defendida y adoptada principalmente por las mismas empresas prestadoras de servicios públicos, pues claramente involucra una mayor libertad para su actuación.

El resultado de aplicar el derecho privado como régimen jurídico aplicable a la creación de filiales y subsidiarias, el hecho de no-regular y otorgar libertades a las empresas, hace que el manejo de estas empresas sea más fácil, acarreado así

---

<sup>53</sup> "...el artículo 32 de la misma ley (Ley 142 de 1994) deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas." (Texto entre paréntesis incluido por los autores) (Sentencia C-066 de 1997 MP Fabio Morón Díaz, Febrero 11 de 1997)

todos los beneficios y riesgos que esto conlleva. Se alega que existen menos costos de transacción, menos burocracia la cual se debe traducir en menores tarifas para los usuarios y en últimas una mayor eficiencia de conformidad con el mandato Constitucional.

Son varios los fundamentos para defender esta postura tanto de tipo político, económico, y los cuales encuentran además fundamento en alguna jurisprudencia o interpretación de ley que favorezca la aplicación de ésta postura.

Jurídicamente la discusión legal se zanja en si los servicios públicos hacen parte de la administración pública. Quienes defienden la postura de la aplicación del derecho privado alegan que no lo son, pues se arguye por la separación entre la función administrativa y el servicio público. Esto implica, que el derecho público, aplicable a las entidades administrativas, no lo es aplicable a empresas de servicios públicos domiciliarios,.

Como fundamento de lo anterior, se interpreta que el régimen especial de los servicios públicos que establece la Constitución, implica una diferencia respecto del régimen de otras empresas que cumplen funciones administrativas.

El numeral 23 del artículo 150 de la Constitución diferencia claramente el régimen de la función pública administrativa con respecto a los servicios públicos<sup>54</sup>, y en este mismo sentido el artículo 3º de la Ley 489 de 1998 hace la misma diferenciación<sup>55</sup>. En este sentido quienes defienden la postura del derecho privado

---

<sup>54</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. Artículo 150 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.”

<sup>55</sup> Ley 489 de 1998. “Artículo 3. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.”

utilizan como fundamento esta diferenciación para argumentar una separación absoluta de regímenes.

Como sustento adicional se tiene también que el nuevo modelo constitucional implicó que los servicios públicos dejaron de ser una expresión del poder de imperio del Estado, es decir a ser una faceta más de la función administrativa, para convertirse en una actividad económica inherente a la finalidad social en un mercado en competencia donde el Estado, como director general de la economía se reserva casi única y exclusivamente las atribuciones de regulación y control.

Para el momento de la expedición de la nueva Constitución el país atravesaba por lo que muchos autores han denominado como *“crisis de los servicios públicos”* causada entre muchos de los factores, principalmente por el modelo monopólico de servicios públicos que había anteriormente.

Por lo anterior, la Constitución Política de 1991, al regular los servicios públicos se encaminó hacia una postura moderna, antitética a la postura clásica estatista, dándole prioridad a la eficiencia por medio de un marco de competencia y libre mercado. De esta manera se deja claro, desde la Constitución misma que los servicios públicos no son un tema de la estructura del Estado.

Las normas, ya sea de la Constitución o de la misma Ley, ya no equiparan los servicios públicos como una parte del derecho administrativo, según la influencia del derecho francés, en el cual hacía parte del derecho público. Se alega que el servicio público hoy en día es un asunto fundamentalmente económico.

Se entiende así que es por ello que la Constitución reguló el tema de los servicios públicos en capítulo especial siendo ello el 5º del Título XII *“De régimen económico y de Hacienda Pública”*, y no en los demás títulos dedicados a la estructura de la administración, como lo son del Título V al XI. En este sentido el artículo 365 de la

Constitucion establece que estos servicios tendrán un régimen jurídico especial<sup>56</sup> el cual en principio no acepta la aplicación de cualquier otro régimen.

Los mismos debates sucedieron en la Asamblea Constituyente, así como la exposición de motivos de Proyecto de Ley 167 de 1992 del Senado el cual culminó con la expedición de la Ley 142 de 1994 son clara evidencia de esta intención de abordar los servicios públicos desde una óptica opuesta a la noción clásica que equiparaba el servicio público a función exclusiva del Estado, de la mano con la política mundial de desregulación y desestatización de dichos servicios.<sup>57</sup>

Es de anotar además que los proyectos de la Asamblea Constituyente fueron estudiados por una subcomisión especial de la Comisión Quinta, la cual estudiaba temas económicos más no la organización del Estado pues esto era función de la Comisión Tercera, lo cual tuvo importantes consecuencias en la noción de servicios públicos<sup>58</sup>, esto entonces sirviendo de argumento para quienes alegan

---

<sup>56</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 365. “(...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley...”

<sup>57</sup> En este sentido establece el pronunciamiento en dicha Asamblea Constituyente: “los servicios públicos se encuentran en crisis: macroeconomía de cobertura que implica menor nivel de vida en los sectores pobres, así como una mayor tasa de morbi-mortalidad, ecológica-sanitaria y política: (que ha ocasionado multiplicidad de protestas cívicas) y desnivel regional por aceptable cobertura pero con una muy baja en la áreas rurales, intendencias y comisarías

*Esta crisis justifica la intervención estatal, pues la insuficiencia e ineficiencia, la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas, unido al total desgüeño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente, una radical gestión estatal de control y vigilancia y, así mismo, obligan a la Asamblea Nacional Constituyente a buscar soluciones realistas y radicales y con visión futurista.”* (GACETA CONSTITUCIONAL No. 53, 18 de abril, Págs. 2 a 6

Es claro además en los debates que: “Es tanta la importancia que tiene para los Colombianos el tema de los servicios públicos domiciliarios, que nuestros constituyentes del año 1991 resolvieron dedicarle todo un capítulo de la Carta.

<sup>58</sup> En este mismo sentido se pronunció en su momento la subcomisión tercera de la Comisión Quinta de Asuntos Económicos en su ponencia estableciendo “Desde el primer momento, tanto los miembros de la Comisión Quinta como los integrantes de la subcomisión encargada, consideraron que el tema de los servicios públicos merecía un tratamiento independiente, totalmente autónomo, dentro del conjunto de las propuestas económicas no obstante que su temática aparece comprendida dentro de un nuevo Título que propone la comisión quinta denominado finalidad social del Estado. La individualidad con que fue discutido y aprobado el articulado sobre servicios públicos se explica por la importancia que el tema ha adquirido en el ámbito nacional durante las

que no es el derecho público el que debe regular las relaciones de los servicios públicos domiciliarios.

Los servicios públicos por lo tanto se establecieron en la Constitución como parte de un nuevo régimen, dentro de un esquema de libre concurrencia económica el cual, según establece el autor Gaspar Ariño, es un modelo que exige un régimen especial presidido por cuatro libertades: i) libertad de entrada, ii) libertad de acceso al mercado, esto es, a la infraestructura (*essential facilities*), iii) libertad de contratación y formación competitiva de precios y iv) libertad de inversión<sup>59</sup>

Diversos han sido los autores que han establecido y dejado muy en claro los grandes beneficios que este nuevo modelo de desestatización de los servicios públicos ha traído al sector y al país como tal. Así lo ha efectuado el Dr. Carlos Alberto Atehortúa<sup>60</sup>, el Dr. José Antonio Vargas Lleras, Presidente Junta Directiva Asociación Nacional de Empresas de Servicios públicos Domiciliarios – ANDESCO<sup>61</sup>, Jorge Dussan Hitscherich<sup>62</sup>, y el Departamento Nacional de Planeación<sup>63</sup>, entre otros.

---

*últimas dos décadas especialmente*” (GACETA CONSTITUCIONAL no. 85, 29 de mayo de 1991, Pág. 21)

<sup>59</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El nuevo servicio público”, 1997.

<sup>60</sup> El Dr. Carlos Alberto Atehortúa ha establecido en este sentido: “Dado que se le ha permitido al Estado la prestación de servicios públicos en concurrencia con comunidades organizadas y con empresas privadas y mixtas, se hace necesario precisar que cuando es el Estado o las entidades estatales quienes prestan servicios públicos, el régimen de gestión de los mismos como regla general debe ser el mismo que resulte a otros prestadores de esos servicios. Si dentro de las políticas del Estado se busca promover competencias en los servicios públicos, con el fin de eliminar ineficiencias y promover competitividad que favorezca a los usuarios y reduzca los costos de ineficientes en que se puede incurrir en la prestación monopólica de los servicios, es necesario que las entidades estatales se sometan al mismo régimen de los particulares además que este tipo de proveedores no tengan cargas o privilegios especiales que los diferencie de otros agentes que realizan actividades similares.” (ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. “Régimen Jurídico de las empresas deservicios públicos domiciliarios a la luz de la Doctrina Constitucional” Estudio presentado ante el X Congreso Nacional e internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008.)

<sup>61</sup> El Dr. José Antonio Vargas Lleras presidente Junta Directiva Andesco establece en misma medida: “*Los cimientos de esta trascendental estructura son la eficiencia, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura; la participación libre y en condiciones de competencia de los distintos*



De esta misma manera, según este sector de la doctrina, se debe interpretar que en efecto existe un gran beneficio por el hecho de dejar en manos privadas los servicios públicos, por lo que deben seguir este manejo libre y regido por el derecho privado, pues hace parte de esta eficiencia traducida en el bien común como se quiso en la promulgación de la Constitución de 1991 y la ley 142 de 1994<sup>64</sup>.

---

*prestadores ya sean ellos públicos, privados o mixtos; la clara separación de los roles del Estado; la activa participación ciudadana a través de los mecanismos de control social; la sostenibilidad financiera de las empresas prestadoras con marcos regulatorios técnicamente estructurados y una gestión eficiente bajo las normas del derecho privado y por supuesto, la solidaridad, este último, principio rector y soporte de la integralidad del sistema". (X CONGRESO NACIONAL Y I INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Discurso de Instalación- Conversatorio Doctor José Antonio Vargas Lleras, Presidente Junta Directiva Andesco.)*

<sup>62</sup> Jorge Dussan Hitscherich al respecto afirma además: *"La liberalización de los servicios públicos es una reacción al modelo de gestión pública organizado en forma de monopolios estatales, el cual fracasó en la mayoría de los países del mundo debido, principalmente, a la mala administración de las empresas públicas, las cuales eran ineficientes, corruptas y costosas. Por lo anterior, muchos gobiernos consideraron necesario trasladar la responsabilidad sobre la gestión de estos servicios al sector privado, al considerar que los niveles de atención a las necesidades de los usuarios no estaban suficientemente cubiertos y que la principal causa del problema era la ausencia de un sentido de propiedad sobre las empresas..."*

*(...) Estas razones llevaron a la mayoría del mundo occidental iniciando con el gobierno de Margaret Thatcher, a privatizar las empresas públicas que desarrollaban actividades de tipo industrial o comercial y transferir a empresarios privados la administración de programas de asistencia social que a pesar de seguir siendo financiados por el Estado, lo aliviaban de una pesada carga burocrática mediante una especie de 'outsourcing'"(DUSSAN HITSCHERICH, Jorge Servicios públicos Domiciliarios)*

<sup>63</sup> En el informe del DNP recientemente publicado se expresa también el beneficio del nuevo enfoque que ha otorgado la Constitución de 1991 y la ley 142 de 1994 a los servicios públicos diciendo que *"la inversión del sector privado en infraestructura facilitó adelantar procesos que permitieron, entre otros, incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en construcción, operación y mantenimiento, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o sub sectores de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, y aumentar la cobertura y calidad de los servicios "* (CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Documento Compes 3538 del 11 de Agosto de 2008.)

<sup>64</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en Sentencia del 17 de febrero de 2005, sala tercera, MP. Alier Hernández Enríquez, Rad. 50001 23 31 000 2003 0277 01 27673. Partiendo de este marco conceptual y normativo en el que entidades públicas y privadas deben competir en condiciones de igualdad, no es posible aceptar, como lo plantea el profesor Palacios, que las entidades públicas que prestan servicios públicos, cuando lo hacen, ejercen una función pública, mientras que las privadas desempeñan siempre una actividad comercial

El sector de los servicios públicos debe seguir siendo especial en el cual se le permita a todos los agentes privados, mixtos y estatales competir en condiciones de igualdad, donde ni el Estado, ni los particulares puedan tener una prerrogativa ni una carga especial ya que este régimen está enmarcado dentro de un esquema de libre competencia, sin importar la naturaleza del operador.

Ese es el esquema que plantea la Constitución cuando dice que es posible competir, que hay concurrencia entre operadores públicos, mixtos y privados. Esa concurrencia es posible sólo si el régimen jurídico es el mismo, si pueden competir en condiciones de igualdad y si se tienen las mismas cargas y responsabilidades.

Adicionalmente, dentro de la Ley 142 de 1994 se establece una libertad de constitución de empresas de servicios públicos. Quienes defienden la postura del derecho privado, alegan que dicha libertad es absoluta, e interpretan el hecho de que la Ley 142 de 1994 otorgue el derecho a cualquier persona para constituir una empresa de servicios públicos como equiparable a que dicha constitución se puede hacer como cualquier constitución de cualquier otra sociedad comercial.

Se infiere así que al no ser necesario de ningún permiso especial para la constitución de una empresa de servicios públicos<sup>65</sup>, que por ende se concluye está sujeta al régimen privado comercial como cualquier otra sociedad y por lo

---

<sup>65</sup> El profesor Dussán Hitscherich a este respecto ha establecido lo siguiente: *“Con el fin de facilitar el establecimiento de empresas de servicios públicos, el legislador quiso fijarles un régimen jurídico de la mayor flexibilidad posible, tanto para su constitución y administración, como para la ejecución de los actos necesarios para el desarrollo de sus actividades...”*

En el mismo sentido, respecto de la constitución de dichas entidades, manifiesta:

“No existen diferencias con el régimen general de las sociedades, salvo cuando se trata de una empresa que va a prestar servicios en los municipios menores o en zonas rurales, en cuyo caso la ley permite que su constitución por medio de un simple documento privado que contenga las condiciones mínimas del contrato de sociedad entre otras, el nombre de la sociedad, su clase o tipo, nombre y domicilio de los otorgantes, objeto social, el capital con que se constituye, la forma como se organizarán y llevarán los negocios y demás aspectos señalados en el artículo 110 del Código de Comercio (Artículo 20 Ley 142 de 1994).” (DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. “El régimen de los servicios públicos domiciliarios” 1ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, 2005. )

mismo, la constitución de una filial deberá seguir esta misma línea.

De lo anterior se desprende entonces, que dada la ausencia de autorizaciones especiales y tramites especiales para la constitución de una “nueva” empresa de servicios públicos, independientemente de su naturaleza, ya sea esta oficial, mixta o privada con o sin aportes del Estado, implica, según esta interpretación, que la constitución de una filial no debe necesitar tampoco prerrogativas especiales y por ende ser regulada únicamente por las normas del derecho privado.

### **1.2.2. Tesis de la aplicación del régimen de entidades públicas**

El sector que alega por la aplicación de derecho público lo hace también con base en diversos argumentos tanto políticos como económicas los cuales hayan su fundamento legal en la interpretación de las normas que hemos descrito anteriormente a la vez que la jurisprudencia, para concluir que la creación de filiales y subsidiarias de empresas de servicios públicos siguen el régimen de derecho público asemejando los servicios públicos a la función administrativa , y por ende sujetos principalmente a la Ley 489 de 1998 en caso de vacío normativo en la normatividad especial de servicios públicos domiciliarios

El principal fundamento para la aplicación de ésta teoría está basado en el entendimiento de que la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es en efecto una función administrativa. Basándose en un criterio funcional, en el cual se entiende que el sólo hecho de prestar servicios públicos hace a los prestadores detentar prerrogativas de función administrativa, por ende la aplicación en subsidio de la normatividad de derecho público, independientemente de su naturaleza, siendo aplicable a todas las empresas de servicios públicos.

El artículo 39 de Ley 489 de 1998, establece que hacen parte de la administración pública *“los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera*

*permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano*<sup>66</sup>

En el mismo sentido el artículo 68 de esta misma ley establece que son *entidades descentralizadas las “entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea...la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano*<sup>67</sup>

Quienes alegan por la aplicación del derecho público, interpretan que las empresas de servicios públicos encajarían perfectamente dentro de la definición de los artículos citados, siendo así parte de la administración pública y por ende aplicables entonces las normas de dicha ley en subsidio de las normas especiales de la Ley 142 de 1994, de conformidad con las reglas sobre validez y aplicación de la leyes establecido en la Ley 153 de 1887<sup>68</sup>.

La constitución de una filial o subsidiaria de una empresa de servicios públicos es un acto absolutamente comparable con lo que se denominó entidades descentralizadas indirectas en los decretos 1050 y 3130 de 1968, término incorporado en la ley 489 de 1998, en la cual dicha constitución estará siempre sujeta a autorización del gobierno nacional o las entidades territoriales según fuere al caso<sup>69</sup> y de conformidad con lo establecido en la Constitución Política<sup>70</sup>. Este

---

<sup>66</sup> Op. cit. Ley 489 de 1998, Artículo 39.

<sup>67</sup> *Ibidem*. Ley 489 de 1998, Artículo 68.

<sup>68</sup> Ley 153, Artículo 8.

<sup>69</sup> Op. cit. Ley 489 de 1998. Artículo 49. “*Creación de Organismos y Entidades Administrativas. (...) Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.*”

<sup>70</sup> Op. cit. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 150: “*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: “(...)*

sector entiende que la Ley 142 de 1994 no incluye ninguna autorización de la cual se pueda interpretar que las exigencias de la Constitución y la ley se hubieren cumplido.

Asumiendo como lo hace quienes defienden esta postura, que las empresas de servicios públicos son en efecto entidades estatales y detentan función administrativa, se tendría que están sujetas al principio de legalidad, el cual se establece en artículo 6º y 122 de la Constitución Política<sup>71</sup>, siendo otro de los fundamentos en que se basa la teoría de la aplicación del derecho público para la constitución de filiales y subsidiarias por parte de las empresas de servicios públicos.

La Corte Constitucional y la doctrina en general, han establecido que el principio de legalidad puede ser resumido como *“...los particulares son los que pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, al paso que las autoridades tan sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido”*<sup>72</sup>. Así las cosas, al no

---

*7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.*

Constitución Política de Colombia, Artículo 189: *“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. (...)17. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos”.*

<sup>71</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 6 *“Los particulares son solo responsables ante las autoridades por infringir las normas y la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo serán por la misma causa y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 122: *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

<sup>72</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-514 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

existir la expresa delimitación en la Ley 142 de 1994 respecto del requisito que se debe seguir en la creación de filiales, no es posible interpretar que es permitida libremente, pues atentaría directamente contra dicho principio de legalidad. A su vez, no es posible traer a colación o interpretar a favor de la administración normas que no aplican al caso o respecto de la cual textualmente no está otorgando autorización. Por lo anterior debe operar una interpretación restrictiva para la administración pues de no ser así estaría violando el mismísimo mandato constitucional de legalidad al extralimitarse de las funciones delimitadas en la Ley 142 de 1994.

Diferentes entes judiciales se han pronunciado al respecto de la extralimitación en las funciones de la administración por medio de una aplicación extensiva o la interpretación favorable de normas análogas.

Con base en lo anterior, se concluye que el auto-otorgamiento de facultades de libertad respecto a la constitución de filiales o subsidiarias desconoce el principio de legalidad y es una conducta reprochable.

Por otra parte, este sector alega que los servicios públicos al ser un servicio de naturaleza tan delicada no pueden estar a cargo de los altos funcionarios de las empresas, como lo sería en caso de la aplicación del derecho privado. Es un rol del Estado garantizar este servicio conforme a las finalidades y políticas del Estado mismo, por lo cual uno de los elementos es el control de la actividad de los servicios públicos, es la autorización previa para la constitución de filiales o subsidiarias.

Desde inicios de la teoría de los servicios públicos se han identificado éstos con estrecha relación con la finalidad del Estado, lo cual se ha llamado por los tratadistas como teoría “clásica” de servicios públicos que equipara función pública con servicio público. Bajo dicha perspectiva clásica, se tenía que los servicios

públicos se prestaban directamente y de manera monopólica por el Estado donde sólo se le permitía para los particulares por vía de concesión.

La nueva regulación constitucional de los servicios públicos no obstante cambió este esquema de manera radical, liga en todo caso la prestación de los servicios con la mismísima naturaleza del Estado Social de Derecho, pues estos servicios son considerados inherentes a su finalidad<sup>73</sup>.

Así lo establece el artículo 2 de la misma Ley 142 de 1994 en el cual establece claramente el amplio rol que tiene el Estado Colombiano respecto de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dándole así la facultad de intervenir, y el rol de garantizar un serie de finalidades, como lo es la prestación eficiente, el mejorar el acceso, las tarifas justas, etc.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 365. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. (...)”

<sup>74</sup> Op. cit. Ley 142 de 1994, “Artículo 2, Intervención del Estado en los Servicios Públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante. .

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo

La Corte Constitucional en este respecto ha establecido que la Constitución de 1991 *“no solo autoriza sino que exige”* una importante intervención del Estado en la economía en general y por ende en la especialidad del sector económico de los servicios públicos.<sup>75</sup>

Con base en todo lo anterior, vemos como este sector alega que al existir una relación muy íntima e importante entre el Estado y la prestación de los servicios públicos, es el Estado quién debe ser siempre quien está en cabeza de los servicios públicos siendo aplicables las normas, que más favorezcan esta intervención.

Así mismo tenemos que en desarrollo de la prestación de los servicios públicos, las empresas prestadoras, sean particulares, oficiales o mixtas, pueden ostentar prerrogativas de autoridad pública, esto es en efecto una función administrativa que conlleva a la equiparación no solo de autoridad administrativa, sino claramente de la aplicación del derecho público en estos casos. En este sentido la doctrina extranjera ha aceptado esta afirmación como lo ha hecho el tratadista De la Cuétara *“(...) el servicio público existe por la necesidad de utilizar potestades administrativas en determinados puntos de algunos sectores económicos. Un servicio público sin potestades sería un simple servicio al público, comercial, que, en el caso de estar organizado por una Administración, constituiría una simple manifestación de la iniciativa pública económica en general. Para que puedan funcionar dentro del derecho, las obligaciones que en servicio público se establezcan deben ser concretas como también deben serlo las potestades con que se organiza la excepción al libre mercado en que el servicio público consiste”*<sup>76</sup>.

---

*con los preceptos de equidad y solidaridad.”*

<sup>75</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en sentido similar Sentencia C-165 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>76</sup> DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Tres postulados para el nuevo servicio público.



En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado estableciendo que el legislador le ha dado al prestador de servicios públicos dichas prerrogativas propias de las autoridades públicas<sup>77</sup>, por lo que si las empresas de servicios públicos tienen varias prerrogativas de entidades públicas, el régimen jurídico aplicable primordialmente es el derecho público, pues son empresas que están gozando de los beneficios y prerrogativas de detentar funciones administrativas. Por ello, la aplicación del derecho privado sería tan solo una excepción a la regla.

En innumerables casos a las empresas de servicios públicos se les ha otorgado carácter de administrativas detentando las prerrogativas que esto implica, pudiendo emitir en algunos casos, actos administrativos decidiendo respecto de quejas, imponiendo cláusulas exorbitantes en contratos, (al momento que la comisión de regulación otorga la autorización, y sujeto a unas reglas específicas conforme a la jurisprudencia al respecto), por lo cual sería justo entender que estos grandes beneficios incorporan a su vez el sometimiento a las normas de derecho público, aplicable a las demás entidades que detentan estas condiciones.

Por último e independientemente de lo anterior, está de presente al agravante que en todas éstas empresas, salvo las 100% privadas, utilizan recursos públicos, y por lo mismo de todo ciudadano. Así las cosas, la utilización arbitraria de estos recursos afectaría a la ciudadanía entera, siendo su utilización una decisión de unos pocos respecto de los recursos de toda la comunidad.

---

<sup>77</sup> En este sentido establece la Sentencia de tutela T-270 de 2004 citando la Sentencia de Constitucionalidad C-558 de 2001 MP: JAIME ARAUJO RENTERIA. Ver también CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. MP Carlos Betancur Jaramillo, Expediente S 701 de 23 de septiembre de 1997, reiterado por CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Expediente S-701, 26 de marzo de 1998, MP Carlos Betancur Jaramillo y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. En sentido similar vid. Auto de 17 de febrero de 2005, rad. (27673), M.P. Alier E. Hernández.

A su vez, éstos recursos de naturaleza pública pueden estarse indirectamente entregando a privados, pues al ser contribuidos ya sea mediante adquisición, aporte o escisión en una compañía nueva, esta puede a su vez tener aportes de privados, en donde se someten dichos recursos a una empresa nueva cuya propiedad dejaría de estar totalmente propiedad del Estado sino compartida con particulares los cuales podrían, en cierta medida, disponer de dicho capital público<sup>78</sup>.

De conformidad con el artículo 267<sup>79</sup> Constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre “...la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” por lo cual, son sujetos de dicha vigilancia, las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En este sentido, la Sentencia de Constitucionalidad C-736 de 2007 concluyó además que: “... la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las “entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.”.

Con base en todo lo anterior, la constitución de filiales por las empresas de servicios públicos debe estar previamente autorizada por la Nación, departamentos o municipios, según el caso, evitando así cualquier uso arbitrario

---

<sup>78</sup> Sobre la existencia de esta modalidad especial de propiedad, ver las sentencia T-566 de 1992, de la Corte Constitucional.

<sup>79</sup> Op. cit. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 1991. “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (...)”

del capital público y por ende esto es un argumento más para entender que debe ser aplicado el derecho público en dicha creación de filiales.

### **1.2.3. Tesis eclécticas o mixtas.**

Como ya se ha establecido en este documento, de conformidad con el artículo 14 la Ley 142 define tres tipos de empresas prestatarias de servicios públicos: i) La empresa oficial de servicios públicos, es decir aquella en la cual participa la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas cuando detentan el 100% de sus aportes, ii) La empresa mixta de servicios públicos, en cuyo capital las entidades citadas anteriormente tienen aportes iguales o superiores al 50% del total de la entidad, y iii) la empresa privada de servicios públicos, cuyo capital pertenece en más del 50% a los particulares o a las entidades surgidas de convenios internacionales que quieran someterse, para estos efectos, al régimen jurídico privado.

Lo que alegan estas tesis es que el régimen jurídico aplicable para estas empresas no es el mismo para todas. Esta diferenciación del artículo 14 de la 142 implica una naturaleza diferente en cada una, y por lo mismo un régimen aplicable diferente.

Las tesis eclécticas alegan que algunas de las entidades prestadoras de servicios públicos, se les debe aplicar el derecho público, y a su vez, a otras que no, y sólo a algunas se aplica en subsidio a norma especial de servicios públicos el régimen de derecho público mientras que a otras el régimen de derecho privado.

Es esta la postura adoptada por el profesor Dr. Hugo Palacios Mejía<sup>80</sup> el cual concluye que la prestación de los servicios públicos ostenta carácter de función

---

<sup>80</sup> En este sentido establece el Dr. Hugo Palacios Mejía que“(...) puede afirmarse que ni la prestación de los servicios públicos en general, ni a de los ‘domiciliarios’ en particular, es, necesariamente y la luz del artículo 365 de la Constitución, parte de la función administrativa, cuando la Constitución o la ley la encomiende o reserve a las autoridades. Pero lo más que hace el artículo 365 para ello, en los mismos términos que a los particulares. De modo que el particular que presta servicios públicos que no han sido objeto de ‘publicatio praevia’, por su cuenta y riesgo, no lo hace por descentralización, delegación y desconcentración de funciones y no cumple’ función administrativa’.

administrativa, cuando es desplegada por entidades descentralizadas, y del Dr. Carlos Alberto Atehortúa quien sigue de la mano esta postura, estableciendo que es aplicable a Empresa de Servicios Públicos Oficiales y cuando ostentan el carácter de empresas Industriales y Comerciales del Estado<sup>81</sup>, mientras que según ellos no les sería aplicable a las empresas de servicios públicas mixtas ni privadas (con o sin aportes estatales).

Las tesis o posturas eclécticas o mixtas se pueden dividir en dos. La primera de estas teorías parte de la base que tiene carácter estatal, y por ende detentando función administrativa, toda empresa de servicios públicos que tiene algún tipo de participación estatal en su capital. Por este hecho, son objeto de aplicación del derecho público en subsidio de ley especial de servicios públicos. Por lo mismo, las únicas empresas de servicios públicos exceptuadas de la aplicación de este régimen subsidiario serán las que son totalmente o 100% de participación de privados. Así las cosas, son objeto de aplicación del régimen de derecho público

---

*Ahora bien, en la medida en que algunas entidades descentralizadas prestan servicios públicos, su actividad puede ser considerada entonces 'función administrativa', pero solo porque así lo exigen ciertas normas constitucionales y legales. No puede darse a tales normas una aplicación extensiva, por analogía, a situaciones no previstas en ellas.*

*Por lo demás, las autoridades pueden naturalmente, tomar la decisión de prestar servicios públicos en concurrencia con los particulares, e inclusive llamar a algunos particulares en su ayuda; y solo en tal evento, atendiendo a los textos legales que regulen la actividad específica, podría decirse que los particulares cumplen 'funciones administrativas'. Pero no puede decirse que siempre que un particular presta servicios públicos obra como autoridad, o en ejercicio de funciones públicas". (PALACIOS MEJÍA. Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos, Ed. Derecho Vigente, Pág. 30 Bogotá, 1999.)*

<sup>81</sup> Igualmente establece el Dr. Carlos Alberto Atehortúa: "El régimen jurídico de las ESP oficiales y las EICE está determinado por la Ley 142 de 1994 y en materia sustantiva su constitución, actos, contratos y relaciones con terceros se someten al derecho común, sin embargo existen algunos aspectos relativos a su constitución, naturaleza jurídica, control de tutela, control político y asuntos similares sobre los cuales no existe regla aplicable en la Ley 142 y en los cuales no es pertinente la aplicación del derecho privado por tratarse de asuntos propios del derecho público, en estos casos en cuanto no exista norma aplicable en la Ley 142 y en cuanto no sea pertinente la remisión que el artículo 32 de esta Ley hace al derecho privado por no tratarse de la constitución de la empresa, ni de sus actos, ni de los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de las personas que sean socias de ellas, deberá entonces aplicarse lo establecido en la ley 489, tal como se deriva del artículo 84 de esta Ley."

en la creación de sus filiales y subsidiarias las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas con participación estatal..

Esta postura encuentra fundamento en algunos de los pronunciamientos de la Corte<sup>82</sup> respecto a los cuales los mencionaremos en el siguiente capítulo del presente documento.

La segunda postura frente a la tesis mixta o ecléctica parte de la base que es aplicable el régimen de derecho público en subsidio de la normatividad especial de servicios públicos en los casos en que es la prestación es efectuada *directamente* por el Estado en los servicios públicos, los cuales se presenta únicamente cuando lo hace por una de las modalidades autorizadas por la Ley 142 de 1994, esto es i) Prestadores de servicios públicos de carácter estatal bajo la forma de empresas de servicios públicos oficiales<sup>83</sup>, ii) Las entidades autorizadas para prestarlos servicios públicos durante los periodos de transición previstas en la misma Ley<sup>84</sup>, y iii) Excepcionalmente como empresas industriales y comerciales del estado<sup>85</sup>, o iv) Cuando lo hace bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y patrimonio como es el caso de los municipios que lo prestan directamente<sup>86</sup>. Esto basándose en un criterio orgánico respecto a la pertenencia a la administración de las entidades pues, orgánicamente pertenecen a la administración.

---

<sup>82</sup> Auto de 2 de marzo de 2006. Expediente: 29703. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de Constitucionalidad C-736 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra con Salvamento de Voto de Jaime Araujo Rentarúa.

<sup>83</sup> Op. cit. Ley 142 de 1994. Numeral 15.1.

<sup>84</sup> Ibídem. Ley 142 de 1994. Numeral 15.5

<sup>85</sup> Ibídem. Ley 142 de 1994. Numeral 15.6, parágrafo 1 artículo 17 y 180

<sup>86</sup> Ibídem. Ley 142 de 1994. Numeral 14.14, y artículo 6.

En éste sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Servicios Públicos<sup>87</sup> y en este mismo orden de ideas se ha pronunciado la Contraloría General de la República<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> La Superintendencia de Servicios Públicos ha dicho en este sentido:“(...) las únicas empresas de servicios públicos que integran el sector descentralizado por servicios de la administración pública son las empresas oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las cuales la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquella o estas, tienen el 100% de los aportes.

*(...) las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público.” (SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 041 de 2008, febrero 7o.)*

<sup>88</sup> Ha establecido la Contraloría al conceptuar respecto del el proyecto de memorando de entendimiento, MOU, entre Colombia Telecomunicaciones y Telmex lo siguiente: “De esta manera las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta forman parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal se integran a la Administración Pública. (...) Así mismo, se observa que las normas de la Ley 489 de 1998, según lo mandado por el artículo 84, son aplicables supletivamente a las empresas oficiales de servicios públicos en los aspectos no regulados por la Ley 142 de 1994 y por las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.” (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico sobre el Proyecto de Memorando de Entendimiento, MOU, Entre Colombia Telecomunicaciones y Telmex. Bogotá D.C., Septiembre 19 de 2005.)

## **2. EVOLUCIÓN DEL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

En Colombia no es una práctica nueva recurrir a la jurisprudencia para que con base en ella se diriman los debates que se plantean dentro de la ley y la doctrina. Todos sabemos que en este país, el derecho se crea indiscutiblemente por el legislador, y por ello el artículo 230 de nuestra Constitución Política es claro en someter a los jueces exclusivamente a ella, en donde la jurisprudencia es siempre entendida como criterio auxiliar. En todo caso, en los casos donde existe un vacío normativo, la jurisprudencia vendrá a ser el elemento esencial para dirimir el conflicto, siendo prácticamente vinculante.

Así en esta sección se analizará cronológicamente las posturas que ha tenido la Corte Constitucional en cuanto a los servicios públicos domiciliarios, y en cuanto a las preguntas relacionadas, es decir, si son o no entidades estatales, si se les aplica la Ley 489 de 1998, y si en efecto deben seguir todos los procedimientos en ella establecidos para crear filiales, o si simplemente lo pueden hacer con base en las normas del derecho privado.

### **2.1. CONTROL FISCAL**

En la sentencia C-375 de 1995 se demandó la inexecutable de los algunos apartes del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la Ley 142 de 1994, por considerarlo violatorio de los artículos 267 y 272 inciso 6 de la Constitución Política.

El artículo 27 en su numeral 4 de la Ley 142 de 1994, establece que “los aportes oficiales a las empresas de servicios públicos, son bienes de la Nación y de las entidades territoriales o descentralizadas. Tales bienes, actos o contratos que versen sobre ellos, estarán bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales y municipales”.

Sin embargo existe la autorización que el control se realice *“por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales”*<sup>89</sup>.

Para el actor no son las empresas de servicios públicos las que directamente deban contratar la vigilancia del control fiscal, sino que debería originarse del órgano que tiene dicha función. Situación que para el actor también viola el numeral 6 del artículo 272 de la Constitución.

La Corte Constitucional basada en el pronunciamiento de la Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995 donde se resolvió declarar inexecutable la expresión *“mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente”* que forma parte del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994, declara la cosa juzgada, sin dar lugar a un nuevo pronunciamiento, pues en su momento los argumentos de la Corte se fundaron en que la vigilancia fiscal, era una atribución exclusiva de los órganos de control fiscal y que resultaba contrario a la filosofía de dicho control, el hecho que fueran las mismas empresas de servicios públicos que tuvieran participación oficial, las que contrataran con empresas privadas su vigilancia fiscal, porque se entiende que debería hacerse por organismos externos a la entidad, como son las contralorías.

Para la Corte Constitucional, existió un exceso de la norma al trasladar las atribuciones de la Contraloría de contratar la vigilancia fiscal a las empresas de servicios públicos con participación oficial, con lo cual se incurrió en un quebrantamiento del artículo 267 de la Constitución. Por lo demás, declaró executable el resto del artículo.

---

<sup>89</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 375 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonel.



La importancia de este fallo para nuestro análisis implica un primer esbozo claro de la Corte Constitucional en quitarle prerrogativas especiales que pudieren tener las empresas de servicios públicos frente a otras entidades gubernamentales. En este sentido y en este caso, vemos como la Corte en uno de los pocos fallos en donde declara inexecutable alguna sección de la Ley 142 de 1994, establece que por el hecho de ser servicios públicos domiciliarios, y por ende un sector excepcional, no podía implicar el desconocimiento de normas aplicables de manera general, como lo es la vigilancia fiscal en cabeza de la Contraloría general de la República.

## **2.2. CONTROL FISCAL A LOS APORTES DE LA NACIÓN, DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y LAS DESCENTRALIZADAS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS**

La sentencia C-066 de 1997 es una de las más importantes para el tema del presente texto. En ella, se demandaron los artículos 27.3, 27.7, 30, 31, 32, 35, 37, 38, 39 de la Ley 142 de 1994.

Para nosotros es claro que hacemos parte de un régimen político democrático y participativo, y el legislador en ningún momento ha pretendido impedir estos principios ni mucho menos la actividad partidista, que dentro del tema que nos compete, ésta actividad, es complemento para la efectiva prestación de los servicios públicos. Sin embargo para el demandante, el artículo 27.3, del capítulo II de la Ley 142 de 1994<sup>90</sup>, referente a la participación de entidades públicas en

---

<sup>90</sup> Op. cit. Ley 142 de 1994, "Artículo 27. "Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:"

Numeral 27.3. "Deberán exigir a las empresas de servicios públicos, una administración profesional, ajena a intereses partidistas, que tenga en cuenta las necesidades de desarrollo del servicio en el mediano y largo plazo. Al mismo tiempo es derecho suyo fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que

empresas de servicios públicos, va en contra del preámbulo de la Constitución y su artículo 1, los cuales propugnan por una nación unitaria, pluralista y descentralizada y que según el actor se concreta, precisamente, en la existencia de los partidos, cuyos intereses representan la *"esencia de nuestra organización social"*. Para el actor la norma demandada hace que se proscriban intereses partidistas como criterio de administración profesional de las empresas de servicios públicos domiciliarios, los cuales no considera compatibles.

Adicionalmente, en cuanto al numeral 7 del artículo 27 de la ley en mención y los artículos 30, 31, 32 y 39, parágrafo de la misma ley; el actor considera que se "trasladan materias propias del derecho público un régimen exclusivo y excluyente de derecho privado", y por lo tanto el hecho que los aportes provenientes de la nación, las entidades territoriales y las descentralizadas de cualquier nivel administrativo, se rijan por el derecho privado, hace que se escape del control y vigilancia, estatal y ciudadana; lo que ocurre igualmente al regirse por un régimen contractual privado diferente del establecido en la Ley 80 de 1993, y además le resulta discriminatorio pues al ser entidades estatales deberían regirse por el Estatuto General de Contratación Administrativa.

Ahora bien, para el actor el artículo 37 de la Ley 142 de 1994, hace entrever que *"las autoridades administrativas y judiciales, al definir sobre la ILEGALIDAD de los actos y contratos, automáticamente establecen que los responsables de los mismos incurrieron en fraude a la ley(...) sin que se hayan elevado los respectivos cargos"*

---

*representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisiones de regulación.*

Para estos efectos las entidades podrán celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones en las empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas más convenientes, previa invitación pública."

Con respecto al artículo 38 de la Ley 142 de 1994, considera el demandante que va en contra del artículo 90 de la Constitución Política debido a que en ningún momento la Carta menciona *“ni expresa ni tácitamente, que en el evento que el Estado cause daño será reparable con efectos hacia el futuro.”* Además menciona que si bien se presume la buena fe; condicionar la anulación de los contratos o contratos ilegales a que se hayan celebrado de mala fe, llega a ser difícil la declaración de la misma.

Frente a lo anterior la Superintendencia de Servicios Públicos dijo que en la medida de evolución del derecho administrativo, es posible que la administración esté sometida al ordenamiento jurídico que rige a los particulares.

La discusión, sobre si la prestación de servicios públicos debe ser bajo la reglamentación del derecho privado, la superintendencia dice que la Constitución defirió a la ley esta reglamentación; incluyendo el aspecto contractual, absteniéndose de determinar si debía ser bajo el derecho público o privado, por lo tanto tiene vía libre para hacerlo.

Además menciona que el régimen contractual forma parte del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, compuesto por la Ley 80 de 1993, Ley 14 de 1994, Ley 30 de 1992, y que por ser complementarias y especiales a la Ley 80 de 1993, se aplican preferentemente.

Cabe mencionar que si bien la naturaleza jurídica fue dada por el legislador, la conservación del control fiscal y ciudadano sobre la gestión de dichas empresas, tal como se plasmó en la intervención del Ministerio de Minas y Energía, *“dicho control está expresamente establecido en el artículo 27 de la ley; además, cuando se trata de empresas de servicios públicos mixtas, a ellas se aplica, en materia presupuestal, el contenido de la ley 225 de 1995, referente a las empresas industriales y comerciales del Estado.”*

Referente a los aportes hechos por la nación o las entidades territoriales y las entidades descentralizadas; el control de dichos aportes lo harán la Contraloría General de la República, contralorías departamentales y municipales, mientras no hagan uso de la autorización que les permite contratar a empresas privadas, previo concurso público de méritos, lo que para los defensores de ésta norma genera confianza para la ciudadanía.

Por su parte la Corte Constitucional, al entrar a analizar las normas demandadas, encuentra que el artículo 27.3 de la Ley 142 de 1994, donde el aparte específicamente demandado es *“ajena a intereses partidistas”*, no viola la Constitución ni impide el desarrollo del régimen político democrático y participativo propio de la nación, frente a lo cual dice: *“nada más democrático y participativo que compartir con las comunidades organizadas y los particulares dispuestos a desarrollarla, una función antes radicada única y exclusivamente en cabeza de entidades estatales, bajo el mismo régimen legal, en busca de la optimización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dada su ineficiencia bajo el antiguo sistema.”* Lo que busca la norma es permitir el ingreso de más personas y organizaciones al ejercicio de una actividad económica lícita para el beneficio de un mayor número de individuos.

Concerniente al artículo 27 numeral 7 de la misma ley, la Corte Constitucional, menciona que la lectura de las normas debe hacerse en correspondencia con las demás normas del ordenamiento jurídico; siendo la propia Ley 142 de 1994 que en su artículo 50, obliga a las empresas privadas contratadas por las de servicios públicos domiciliarios para la vigilancia de su gestión fiscal a incluir el ejercicio de un control financiero, de legalidad y de resultados, siguiendo los parámetros de la ley 42 de 1993 en sus artículos 2 y 4 y referente al control por parte de la ciudadanía, esta corporación dice que el actor tampoco acertó en este artículo demandado, pues en la Ley 142 a lo largo del capítulo primero de su título quinto trae un detallado régimen de control social a los servicios públicos domiciliarios, en

donde es posible la participación de usuarios, suscriptores y hasta potenciales suscriptores.

Dice la Corte que la ley en estudio busca someter al régimen privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo cuando en la Ley 80 de 1993 se disponga otra cosa. Como igualmente lo establece el artículo 32 de la ley 142 de 1994. Además dice la Corte que no existe razón para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador, siendo que este no lo hace ni expresa ni menos privativamente y por lo tanto no va en contra de la Constitución. Siendo esto así no existe argumento que diga que la prestación de los servicios públicos estaría en ausencia de los principios transparencia, eficiencia, eficacia, calidad, etc., propios de la ley 80 de 1993 y que por eso no se daría una prestación eficiente y una cobertura total de los servicios públicos.

Por otro lado, en cuanto a la desigualdad que plantea el actor existe en cuanto a las prerrogativas de las personas a cargo de la prestación de servicios públicos, argumenta que no es cierto que el régimen de responsabilidades no sea tan exigente para los que pertenecen al derecho privado, pues por la importancia de la función pública que cumplen cuentan con mayor responsabilidad que otro servidor público, lo que no vulnera el principio constitucional de la igualdad.

Sobre al artículo 35 de la Ley 142 de 1994, dice esta corporación, se trata de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación que buscan la realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y la ley.

De acuerdo al artículo 37 de la Ley 142 de 1994, para la Corte existe una mala interpretación por parte del demandante, pues no es que se entienda que las personas interpuestas siempre hayan actuado con fraude a ley, y que de llegar a

ser así las personas cuentan con el derecho de probar que actúan en procura de intereses propios.

Finalmente lo dicho por el actor acerca del artículo 38 de la ley objeto de discusión, no corresponde a lo que realmente la norma busca. La norma establece la anulación de un acto administrativo relacionado con servicios públicos, que solo producirá efectos hacia el futuro; con el fin que las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes.

Ahora bien respecto a los efectos de la anulación, se busca que los daños causados o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria puedan ser reparados o restablecidos, por lo tanto son dos momentos diferentes.

Así, por todas las razones anotadas anteriormente la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de todas las normas demandadas.

En esta sentencia podemos ver además de que se hace un análisis sobre muchos elementos respecto al régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos, que se delimita la aplicación del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, dejando en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.

### **2.3. EMPRESAS DE ECONOMIA MIXTA O EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO**

La sentencia C-953 de 1999, resulta importante dentro de nuestro tema de estudio, pues toca directamente el tema de las empresas mixtas de servicios

públicos domiciliarios, que como hemos analizado, es un punto trascendental en las conclusiones de nuestro trabajo de grado.

Se demando por inconstitucionalidad los artículos 94 (parcial), 97 (parcial) y 120 de la Ley 489 de 1998 *"por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*. Artículos 1 (parcial); 2 (parcial); 7 (parcial); 8 (parcial); 14 (parcial); 15; 20; 21; 22 y 50 del decreto 1064 de 1999 *"Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional"* y artículos 1; 2; 5; 8; 9 (parcial) y 12 al 24 (en su integridad) del decreto 1065 de 1999 *"Por el cual se dictan medidas en relación con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, S.A., se reestructura el "Banco de Desarrollo Empresarial S. A." y se le trasladan algunas funciones"*.

Normas que fueron demandadas en distintas ocasiones por distintos actores, sin embargo sus expedientes fueron acumulados, para que se tramitaran conjuntamente. Para el tema que es de nuestro interés solo vamos a hacer referencia a los apartes de esta sentencia que se relacionen con el mismo.

Señala el demandante que "el artículo 12 del Decreto 1065 de 1999, quebranto el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, como el parágrafo 5 del artículo 120 de la Ley 489 de 1998, pues *"es claro que la citada norma constitucional sólo autoriza al Congreso para crear Sociedades de Economía Mixta o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, o para que ellas se creen previa autorización de la Ley, en la cual se determine su objeto, su capital, su domicilio, los aspectos esenciales de su estatuto, etc.; y, por lo mismo, hubo exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias a que se ha hecho alusión"*.

Seguido de esto el actor, asevera que la constitución de una sociedad anónima "Agileasing S.A.", que luego paso a llamarse "Financiera Leasing Colvalores S.A." Compañía de Financiamiento Comercial, la cual se constituyó con capital totalmente privado. Al entrar en una causal de disolución se decidió hacer una reforma a dicha sociedad, que se convertiría en el Banco de Desarrollo Empresarial y para enervar la causal de disolución, el Instituto de Fomento Industrial IFI apporto recursos hasta por diecinueve mil millones de pesos.

Para el actor esta circunstancia resultó en que *"sin intervención del Congreso, que no dictó Ley que la creara ni autorizó nunca al gobierno nacional para dicha creación; se dio paso a la existencia de una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico"*. Sin embargo, argumenta que la naturaleza jurídica de una sociedad se conoce al momento de la creación, tal como lo disponen los artículos 97 y 98 de la Ley 489 de 1998, además teniendo en cuenta que *"para la creación de una sociedad de economía mixta o de una empresa industrial y comercial del Estado no puede operar la voluntad privada para transformar en una de aquellas una sociedad privada, pues lo que se requiere es de "una ley que la cree o que autorice específicamente su creación"*

Siendo esto así, para el actor *"no puede tener ningún efecto jurídico la transformación de la inexistente sociedad de economía mixta llamada 'Banco de Desarrollo Empresarial S.A.', en una entidad denominada 'Banco Agrario de Colombia S.A' - 'BanAgrario', que no se sabe si es sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado"*, pues, mientras en la escritura pública "No. 2474 , se la denomina "sociedad de economía mixta", el artículo 12 del Decreto 1065 de 1999 "dice que el BanAgrario continuará como sociedad anónima, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional y que se vincula al Ministerio de Agricultura´ y no se menciona ninguna sociedad de economía mixta".



Según lo anterior resultan inexecutable los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del Decreto 1065 de 1999.

Por otro lado considera el actor que el numeral tercero del artículo 94 de la Ley 489 de 1998 es inexecutable porque autoriza que las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial puedan actuar para ese efecto, previa autorización contenida en el *"correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes"*; lo que para el actor resulta violatorio, ya que *"no puede conferirse en el acto de su creación una autorización general para que posteriormente ella a su vez participe en la creación de otras, sin especificarlas"*, al libre arbitrio de sus directivos, quienes podrían crear empresas filiales sin necesidad de intervención de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, con violación del artículo 150 numeral 7 de la Carta Política".

Frente a este cargo, la Corte Constitucional, encuentra que hay dos formas para la creación de filiales, y aun cuando pareciera que hay una autorización general, con desconocimiento de la participación del Congreso, de las Asambleas Departamentales o los Consejos Municipales, la Corte decidió entonces, declarar la exequibilidad de la norma demandada, debido a que *"las entidades estatales que, como empresas industriales y comerciales del estado de esa categoría participen en la creación de filiales, tienen señaladas con antelación por el propio legislador, unas reglas precisas, determinadas, que permiten desde el comienzo, saber las condiciones en que ha de participar el ente estatal, pues la ley prevé el porcentaje de capital mínimo que ha de aportarse, el régimen jurídico al cual habrá de someterse la filial y, además se asegura, de antemano que la nueva entidad tendrá a su disposición elementos indispensables para que permitan que en el desarrollo de su objeto social la gestión que realice se articule, en un plano de coordinación, con los programas y las políticas del sector administrativo correspondiente."*

En cuanto al artículo 97 inciso segundo de la Ley 489 de 1998, considera el actor quebranta los artículos 150, 300, 313 y transitorio 20 de la Constitución. Sustenta la demanda el actor, en que anteriormente el Decreto 1050 de 1968 regulaba lo concerniente a las empresas de economía mixta y que en consecuencia los artículos constitucionales mencionados, acogieron la definición legal de aquellas sociedades, es decir que no importaba que el aporte estatal fuera menor a un cincuenta por ciento (50%). Considerándose empresas de economía mixta, *"todas las que se creen por ley o cuya creación sea autorizada por esta, siempre y cuando haya, al momento de constituirse, aportes de capital público y privado"*, siendo la norma demandada, violatoria de la Constitución.

Para la Corte, para definir la constitucionalidad de la norma demandada, debe hacerse el estudio en confrontación con la Constitución Política, sin fijarse en las normas de rango legal, como el Código de Comercio, ni el Decreto-Ley 1050 de 1968. Adicionalmente y en similitud a lo dicho por el Procurador, menciona que *"los artículos referentes a la creación y constitución de empresas de economía mixta, como son el artículo 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, no dicen nada acerca de porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades"*. Lo que para la Corte quiere decir, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan solo requiere, conforme a la Constitución, que surja de la voluntad del legislador y que su categoría de mixta, viene a ser porque su capital está compuesto 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."*

La misma Corte menciona que si esto no fuera 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".*

*Sin embargo anota que, "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".*

En relación con el artículo 256 del Decreto- Ley 1222 de 1968, la Corte también hace un estudio, pues el mencionado artículo, dispone que en las sociedades de economía mixta de carácter departamental *"los aportes de los departamentos no podrán ser inferiores al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital de la sociedad"*, expresión que viene a ser inconstitucional, y el artículo 300 numeral 7 de la Constitución atribuye entre otras funciones a la Asambleas Departamentales, la de *"autorizar la formación de sociedades de economía mixta"*, que como ya lo habíamos mencionado, no fija porcentajes mínimos para que obtenga tal naturaleza jurídica. Lo que para la Corte es razón para declarar la inexecutable de la norma demandada y del artículo 256 del Decreto-Ley 1222 de 1968, por unidad de materia.

En el salvamento de voto, disienten del fallo de la presente sentencia. Resulta importante para estos, poner de presente que no se necesita una facultad expresa de la ley para que ésta ordene la creación de una persona jurídica de derecho público; dado que *"al congreso no se le ha limitado de forma taxativa en sus funciones, pues esta corporación tiene competencia general legislativa en todo aquello que, en lo referido a esa función, no esté expresamente atribuido a otro órgano del Estado"*.

Continúan el argumento, diciendo que “más aún, y de manera expresa el artículo 150 en su numeral 7o., otorga competencia al Congreso de la República para crear personas jurídicas que no correspondan a la tipología hasta ahora existente, cuando afirma que podrá mediante ley determinar "la estructura de la administración nacional", con la creación, supresión o fusión de "otras entidades del orden nacional". Además tiene la ley la competencia de otorgar a las asambleas departamentales y a los concejos municipales funciones como las ordenadas en los artículos examinados, de disponer que las entidades territoriales a través de esas últimas corporaciones creen, transformen o reestructuren las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, en empresas sociales del orden departamental o municipal, pues ellas están autorizadas para cumplir las funciones que les señale la ley, según lo dispone la Carta en los artículos 300-11 y 313-10, respectivamente". (pág. 372 Sentencia C-408 de 1994 Tomo 9 Gaceta Corte Constitucional)<sup>91</sup>

*Adicionalmente mencionan que al “acudir en todos los casos en que haya necesidad de intervención en la economía y de acción del Estado como agente directo "en el mercado", al modelo de la "sociedad de economía mixta", no surgido del texto constitucional, que implica privilegios y prerrogativas y cargas específicas, es caer en el riesgo de producir artificiales desequilibrios, en favor y en contra, que afectan el recto entendimiento del esquema constitucional de relaciones entre lo público y lo privado, de la intervención estatal y sus finalidades, de la garantía de la iniciativa privada y la competencia en condiciones de igualdad, entre agentes que pueden tener variado origen.”*

Por lo tanto a la pregunta hecha en esta sentencia sobre que vienen a ser las empresas que tienen participación del Estado o de otras entidades públicas, con aportes inferiores al 50% del capital, responden en sus argumentos de la siguiente

---

<sup>91</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

manera: *“no sería ni estatal, ni mixta, sino de una naturaleza diferente no contemplada en la Constitución”*<sup>92</sup>.

A lo anterior surge el interrogante, sobre qué control existiría entonces sobre los aportes hechos por el estado o por otras entidades públicas; a lo cual se dijo: *“naturalmente que la sujeción a las características y consecuencial régimen derivados de la conformación como sociedades comerciales, de las que ostenten aporte estatal inferior al 50%, no implica la aplicación de los controles derivados de la participación estatal y de la pertenencia del respectivo aporte de capital al Estado; dichos controles, en los términos de la ley general sobre control fiscal, deben centrarse en los aportes estatales y en las utilidades generadas de los mismos.”*

Por lo anterior los magistrados que salvaron su voto, Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Tafur Galvis, consideraron la norma como ajustada a la constitución, y apropiada en el marco de participación del Estado y los particulares, dentro del capital de una determinada sociedad.

---

<sup>92</sup> *Ibídem.*

## 2.4. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

La Sentencia C-629 de 2003, estudia un tema similar al que revisó la Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 1999, respecto a las implicaciones que tiene la calificación por la ley de una empresa como entidad descentralizada, y la facultad del legislador de determinar en qué casos se entienden algunas entidades como descentralizadas y en otros casos no.

En esta sentencia la Corte analiza la demanda de inconstitucionalidad de la expresión "*en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)*" del literal a) del numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, la cual encuentra a su vez exequible, en aparente contradicción con la inexecuibilidad declarada frente al aparte de similar naturaleza del inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el cual fue declarado inexecuible en Sentencia C-953 de 1999.

Según la demandante, la disposición acusada es los artículos 150-7, 300-7 y 313-6, de la Constitución Política por cuanto al establecer que solo las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50% tienen el carácter de entidades estatales y se sujetan por ende a las reglas establecidas en el mencionado estatuto, deja por fuera de dicha normatividad a todas aquellas sociedades de economía mixta en las que el porcentaje de la participación estatal en el capital social es igual o inferior al 50%. Lo que lleva a que el Estado permita o tolere en forma inconsciente la falta de control sobre una cantidad determinada de dineros que siendo públicos requieren ser controlados, fiscalizados o auditados, en detrimento de los principios constitucionales propios de la función administrativa, en especial del principio de moralidad, establecido, entre otros, en el artículo 209 de la Carta.

Estos fundamentos son bastantes similares a los de la Sentencia C-953 de 1999, sin embargo para este caso la Corte determinó que en los casos específicos de la contratación pública *“de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas (no solo nacionales). Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración”* y en este sentido no encuentra que la norma demandada para este efecto riña con la Constitución ni con lo ya establecido por esta corporación en fallos anteriores.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley 80 de 1993, contiene en todo caso una diferenciación en cuanto a la concepción de estatal para efectos de la contratación únicamente a las sociedades de economía mixta con más del 50% en aportes del estado, únicamente, con todo y que en la Ley 489 de 1998, este mismo umbral que determinaba la calificación de sociedad de economía mixta a dichas empresas cuyo capital fuere público en más del 50%, fue declarado inexecutable.

## **2.5. EMPRESAS PRIVADAS CON APORTES PÚBLICOS**

Finalmente, encontramos la presente sentencia C-736 de 2007, la cual entra a dirimir muchas discusiones respecto al carácter mixto, privado y oficial de las empresas de servicios públicos.

En la presente sentencia, se demandó por inconstitucionalidad el artículo 1 (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2 literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 498 de 1998 y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

El primer cargo se refiere al artículo 1 (parcial) del Decreto-Ley 128 de 1976 y el artículo 102 de (parcial) de la Ley 498 de 1998, por considerarlos que desconocen los artículos 13, 113, 123, 150 numeral 7, 209 y 210 de la Constitución Política.

Consideran los actores que al excluir de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las sociedades de economía cuyo capital público sea menor del 90%; lo que se entiende como darle una categoría distinta y por lo tanto estar sujetas a un régimen más flexible; genera discriminación, debido a que se encuentran más similitudes que diferencias entre las sociedades de economía mixta con más y con menos del 90% de capital público.

El segundo cargo, hace referencia al artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para el actor *“las sociedades de economía mixta son típicas entidades descentralizadas por lo cual, sin importar el monto del capital estatal presente en ellas, sus trabajadores son servidores públicos y como tales deben estar sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones correspondiente; y con mayor razón los miembros de la junta o consejo directivo, que si bien son particulares, cumplen al menos transitoriamente funciones públicas y por tanto deben someterse a las mismas normas de los servidores públicos.”* A lo cual suma otras razones para sustentar la demanda.

En el tercer cargo el demandante argumenta que *“las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta, pertenecen a la estructura de la administración, pues así se desprende de los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política. Sin embargo, las normas demandadas excluyen de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) mixtas, pues el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que remite al Decreto-ley 128,*



*sólo menciona a las empresas de servicios públicos oficiales; con lo anterior desconoce el artículo 13 superior, relativo al principio de igualdad, así como el 209 ibídem, referente a los principios de moralidad e imparcialidad administrativas. Pues tanto las ESP públicas como las mixtas son igualmente empresas de servicios públicos y entidades descentralizadas, ambas pertenecen a la estructura de la administración y en ambas hay recursos públicos; por tanto, deben someterse al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades.”*

Dice el actor que igualmente se está desconociendo el artículo 210 de la Constitución.

Para el actor se están desconociendo los pronunciamientos de la Corte constitucional y del Consejo de Estado, y las sociedades de economía mixta siguen llamándose así, sin que importe el monto de capital público que la conforma.

Adicionalmente, dicen los actores que la Corte Constitucional *“dijo que así el legislador someta a las empresas de economía mixta al derecho privado, no pierden por ello su naturaleza de entidad pública, estatal y descentralizada, tal como lo considera la Ley 489 de 1998.”* Por lo tanto no hay razón para en el régimen de inhabilidades existan tales límites.

Seguido de lo anterior , para los actores resulta inconstitucional que el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, pretenda limitar las sociedades de economía mixta solo a aquellas donde el Estado posea más del 50% de capital, pues la Corte Constitucional ya se pronunció al respecto en la Sentencia C-953 de 1999, diciendo *“que una sociedad de economía mixta es toda aquella en cuyo capital exista alguna participación de capital público”* y de igual forma lo hizo el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de marzo de 2006, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 29.703, en la cual esclareció

*que “las ESP son mixtas cuando en ellas exista participación pública sin importar el porcentaje de dicha participación”*

Hecho que va de la mano, con que el numeral séptimo del artículo 14 de la misma ley catalogue como privadas a las empresas que tengan menos del 50% de capital público, cuando ya la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999, se pronunció diciendo que solo serán empresas privadas las que su capital este conformado 100% por aportes hechos por particulares.

Para la Corte es necesario hacer un estudio de los aspectos que se cuestionan en esta sentencia y que han llevado a muchas confusiones sobre el tema. Por lo tanto entra a esclarecer el concepto de las sociedades de economía mixta, diciendo que son entidades descentralizadas *“tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998”,* pues bajo el criterio sistemático o de interpretación armónica, *“existe otra norma superior que se refiere a un organismo no enumerado y existen ciertos órganos constitucionales, cuya pertenencia a la rama ejecutiva ya ha sido reconocida por esta corporación”.*

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

Para la Corte *“no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de*

*igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador.”*

*Según “la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio si son objeto de un control llamado “de tutela” por parte de las entidades a las que se vinculan.”*

No cabe duda que las sociedades de economía mixta están constituidas por aportes públicos y privados en cualquier proporción, dicho anteriormente por esta corporación en la sentencia C-953 de 1999 donde se dijo respecto al artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que *“la Constitución en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta, al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º 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.”* Lo es claro: para este tipo de sociedades no se necesita un porcentaje para tener dicha categoría.

Sin embargo adicionalmente a lo dicho, la Corte en esta oportunidad señala que *“en efecto, a pesar de que la participación concurrente de capital público y privado es el rasgo esencial y determinante de la calificación de una entidad como sociedad de economía mixta, de ello no se sigue que todas las sociedades de esta naturaleza deban regularse por idéntico régimen legal. Pues para dichos efectos, es decir para establecer el régimen al cual han de someterse dichas sociedades, el legislador está revestido de amplias facultades, al tenor de lo dispuesto por el al*

*artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 ibídem.”*

Hecho que para nosotros abre nuevamente la discusión que ha generado el problema en la calificación de las sociedades que tengan un aporte público y privado; ya que el legislador haciendo uso de sus amplias facultades podría darle un tratamiento diferente a este tipo de sociedades, sin que exista una definición general en la clasificación, tratándose de entidades descentralizadas.

Tal como se encuentra plasmado en esta sentencia, tenemos que *“hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta, son (i) creación o autorización legal;<sup>93</sup> (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.”*

No obstante la Corte en esta sentencia indicó que el régimen jurídico especial de la prestación de servicios impide considerar que las empresas de servicios públicos, en las cuales haya aportes en cualquier proporción bien sean públicos o privados, sean *“sociedades de economía mixta”*; esto porque debido a que se trata de *“entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores, que señalan particularidades de esta*

---

<sup>93</sup> *“Algún sector de la doctrina hace ver que sin este elemento y sin la intervención en la administración de la sociedad no es posible hablar de la existencia de una sociedad de economía mixta, por lo cual la sola propiedad pública de acciones de una sociedad, o la simple inversión de capitales por parte del Estado en una compañía mercantil no determina que la misma sea “de economía mixta”, siendo necesario que una o varias personas pública concurren en la formación de la sociedad y en la administración de la misma.”* (GASPAR CABALLERO SIERRA, en “Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo, Bogotá Edit. Temis, 1972. Citado por LIBARDO RODRÍGUEZ en “la estructura del poder público en Colombia”, Edit. Temis, Bogotá 2004. Pág. 109)

*actividad. Argumento al que suma que “el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”. Lo que le permite “según lo señala el artículo 365 superior, le está permitido señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas, y al hacerlo puede tener en cuenta las características diferenciales de cada tipo de entidad.”* Lo que resultaría en que las empresas que tengan menor aporte público en capital, tendrían mayor autonomía.

Según lo anterior, los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, contemplan “expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas “*empresa de servicios públicos mixta*”, y “*empresa de servicios públicos privada*”, y lo que está haciendo el legislador es “definiendo el régimen jurídico de ésta tipología especial de entidades”, por lo que declaró la exequibilidad de las normas demandadas.

Lo que para nosotros genera aun más confusión, porque si bien, los fallos de la Corte deben ajustarse a lo resuelto en fallos anteriores y es por eso existe la “cosa juzgada”; se estaría sentando nueva jurisprudencia, sin que las normas que definen tanto la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos, como el régimen aplicable y los normas que determinan la estructura de la administración, se armonicen y su interpretación, no genere las tantas discusiones que al respecto se han dado y con ello no se vulnere a la Constitución, pues bajo el criterio del régimen especial de los servicios públicos, se podrían abrir muchas posibilidades de violación a la Carta, sin que pueda existir el respectivo control que deben tener las entidades del estado y el capital estatal del que se componen, pues para nosotros, no tiene importancia el monto de los aportes que una empresa de servicios públicos tenga, ya que tratándose de aportes de la nación, así sea en un

porcentaje minoritario, debe existir el mismo control y vigilancia que se haría cuando los aportes sean de un porcentaje alto, bien sea 50% o más.

Seguido de lo anterior, resulta entonces para la Corte que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y precisamente la expresión *“las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”* contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.”

Ahora bien, si el artículo de la misma ley señala que también son entidades descentralizadas *“las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.”*; esta incluyendo igualmente a las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado, por lo tanto lo declara constitucional.

Por otro lado, de acuerdo al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, de quienes laboran en las empresas de servicios públicos, la Corte señala que *“en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.”* Razón suficiente para que la Corte declare la constitucionalidad de la norma demandada.

Para nosotros, dejar abierta la norma para que el legislador defina el régimen y señale categorías jurídicas distintas de las que se encuentran clara y expresamente plasmadas en las normas, permite que se creen otras categorías que no están definidas y que por ello se salen de la estructura del Estado, con lo

que se dificulta el tratamiento a darles, lo que llegaría a generar discriminaciones y un posible desvío de la correcta vigilancia y control que debe existir sobre las entidades que conforman la estructura estatal.

Al no existir analogía en los fallos de esta corporación y al ser las normas difusas, generan los conflictos en el tratamiento de las empresas de servicios de públicos y de sus respectivas actuaciones.

### 3. CONCLUSIONES

Luego de analizadas las diferentes posturas frente a la doctrina y ver la evolución jurisprudencial que existió al respecto, se entrará a finalizar el siguiente documento, respondemos a cada una de las preguntas planteadas.

#### 3.1. ¿LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS SON ENTIDADES ESTATALES?

El primer punto a revisar y cuestionar en el presente análisis fue la concepción de las empresas de servicios públicos dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Partimos así de una pregunta básica y fue si las empresas de servicios públicos son entidades estatales, y en específico, cuales de los diferentes tipos de empresas de servicios públicos son entendidas como tal.

Al revisar los múltiples fallos de Constitucionalidad, es posible concluir que la “columna vertebral” de la Ley 142 de 1994 no ha sido afectada por decisiones de inexecutable. De la evolución descrita en la sección anterior, vimos como la Corte ha pasado de una tendencia “privatista” o “especialista” del régimen jurídico de servicios públicos a una postura más conservadora, equiparando los servicios públicos casi con una función administrativa y asemejando las empresas de servicios públicos con cualquier otra entidad estatal.

Vemos como inicialmente la Corte Constitucional puso de presente que la Carta de 1991 “*no solo autoriza sino que exige*” una importante intervención del Estado en la economía en general<sup>94</sup>. Al mismo tiempo esa Corporación reconoció la

---

<sup>94</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 176 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero, en sentido similar sentencia C 265 de 1994 MP Alejandro Martínez Caballero.



especialidad del sector económico de los servicios públicos a partir de las reglas contenidas en el capítulo V del Título XII (arts. 365 a 370)<sup>95</sup>.

La jurisprudencia constitucional, al estudiar los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución, estimo inicialmente que no era factible hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público. A juicio del Tribunal Constitucional, la Carta les otorga estos conceptos un alcance y una naturaleza jurídica diferentes, al punto que son regulados por disposiciones distintas, sin que sea posible asumir la prestación por parte de los particulares a la asignación excepcional de funciones publicas a éstos últimos, puesto que solo los instrumentos de intervención son manifestación de función publica<sup>96</sup>.

A partir de la clara delimitación conceptual que la jurisprudencia constitucional traza entre las nociones de servicio público y función publica-administrativa, esta Corporación admitió que aun hay ámbitos especiales de la prestación del servicio que suponen el ejercicio excepcional de funciones administrativas por los operadores, uso de potestades inherentes al Estado que deben estar respaldadas en una habilitación expresa de la ley.

Así, la Corte en sentencia C-037 de 2003 consideró que las facultades especiales que le confiere el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, en materia de uso del espacio publico, ocupación temporal de inmuebles, constitución de servidumbres o enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio, constituyen ejercicio excepcional de funciones administrativas.

---

<sup>95</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>96</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 558 de 2001, MP Jaime Araujo Renteria, Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Del mismo modo, este Tribunal ha indicado que la relación empresa-usuario, parcialmente se gobierna bajo la égida del derecho administrativo, como es el caso de la denominada “defensa de los usuarios en sede de la empresa” por la vía del ejercicio del derecho de petición y recursos (arts. 152 a 159 de la Ley 142 de 1994). Al decir de esa Corporación *“las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es, en cuanto conocen y deciden sobre las peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios”*<sup>97</sup>.

Planteamiento en consonancia con un fallo de constitucionalidad anterior, en el que se indicó que la relación prestador-consumidor no solo es contractual, sino también estatutaria o reglamentaria y que tiene una especial significación, en tanto supone una jerarquía funcional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios respecto de sus vigilados<sup>98</sup>.

Aparentemente luego de haber visto estas sentencias, se podría concluir que no existe relación alguna entre la función administrativa y las empresas de servicios públicos, aunque se ve luego una tendencia a confundirse los términos al establecerse que hay función administrativa excepcionalmente en casos específicos. No sólo ello, sino que en ninguna de estas sentencias se evidencia la concepción de que las empresas de servicios públicos son en alguna medida entendidas como entidades estatales, y en cambio, aunque no lo dicen textualmente, se interpreta, se deslinda de su lectura que la Corporación entiende los conceptos como diferentes.

---

<sup>97</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 558 de 2001,

<sup>98</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 263 de 1996, MP. Antonio Barrera Carbonell, 5V Eduardo Cifuentes Muñoz, AV Julio. Cesar Ortiz Gutiérrez.

El cambio drástico en la concepción de servicios públicos se da en razón de la sentencia C-736 de 2007, la cual, como se dijo anteriormente, fue proferida con ocasión de dos demandas ciudadanas instauradas contra los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y contra los artículos 38.2 literal d) y 68 de la Ley 489 de 1998 (además del 102 de la Ley 489 de 1998 que no importa para el tema que se estudia), la mismo que contra el artículo 1 del Decreto 128 de 1976, atinente a las sociedades de economía mixta en cuanto a su régimen jurídico.

A grandes rasgos, los argumentos de constitucionalidad que los actores esgrimieron fueron la violación de los artículos 13, 209 y 210 C.N. y el objeto de sus escritos de demanda se hizo consistir en que la Corte Constitucional debía definir la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, debido a que no había una jurisprudencia uniforme en este punto.

El primer problema jurídico consistía en establecer si las empresas de servicios públicos mixtas eran o no asimilables a las sociedades de economía mixta; y el segundo lugar se buscaba definir el régimen de sus trabajadores, asunto este que no tiene relación con nuestro análisis.

Como también establecimos en el capítulo anterior, el inciso segundo artículo 97 de la Ley 489 de 1998, ya había prescrito que para que una sociedad comercial pudiera ser calificada como de economía mixta era necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado a sociedades de economía mixta no fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Este apartado del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, al razonar que si la Constitución no había establecido porcentaje alguno, no podía hacerlo el legislador.

El argumento en su momento fue discutible, en tanto entraña una limitación a la amplia libertad del legislador en el ámbito de la acción del Estado en la economía y por ello hubo el salvamento de voto suscrito por los Señores Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>99</sup>.

Al abordar las sociedades de economía mixta, la providencia C-736 de 2007 precisa que la vinculación de éstas a la rama ejecutiva del poder público y su condición de entidades descentralizadas implica varias consecuencias que emergen de la propia Carta Política, como lo son i) sujeción a control fiscal; ii) sometimiento a un control político; iii) su creación o autorización debe provenir de ley (150.7) ordenanza o acuerdo (300.7 y 313.6); iv) régimen de inhabilidades; v) regulación del presupuesto y vi) materia contable, consecuencias que la Corte esbozó en algunas sentencias anteriores.

El juez constitucional en esta oportunidad concluyó que si bien la participación concurrente de capital público y privado es el rasgo esencial y determinante de la calificación de una entidad como sociedad de economía mixta, de ello no se sigue que todas las sociedades en que haya apartes estatales y particulares deban ser reguladas por idéntico régimen legal.

En tal virtud, el fallo rechaza la equiparación de las empresas de servicios públicos mixtas con las sociedades de economía mixta, al reconocer el carácter especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, toda vez que: i) el 365 de la Constitución Política impide asimilarlas, ya que son entidades de naturaleza diferente según el legislador y; ii) la diferencia de régimen se justifica, dice la providencia referida, por el lucro que los particulares buscan.

---

<sup>99</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 953 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra, SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Álvaro Tafur Gálviz.

A dicha sentencia de constitucionalidad cita el artículo 267 de la Constitución el control fiscal, para concluir que si las Empresas de Servicios públicos manejan fondos o bienes de la Nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas al control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.

Luego entonces invoca el artículo 150.7 Constitucional, con lo cual pareciera afirmar que todas las empresas de servicios públicos (oficiales, privadas y mixtas) son entidades descentralizadas.

La Corte declaró la exequibilidad pura y simple de las dos normas acusadas (los porcentajes previstos en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994 que define las empresas de servicios públicos mixtas y la expresión "mayoritariamente" de la definición de empresas de servicios públicos privadas contenida en el artículo 14.7), al estimar que el artículo 150.7 superior lo permite.

En el numeral 5.3 del fallo en estudio, la providencia afirma que tanto las empresas de servicios públicos mixtas y como las empresas de servicios públicos privadas en donde haya un aporte estatal "*cualquier porcentaje de participación pública*" son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la rama ejecutiva. Una vez más, insiste en que el artículo 150.7 CN pone en manos del legislador la conformación de la estructura de la administración e infiere que todas (oficiales, privadas a mixtas en las que haya un aporte público) son entidades estatales.

A continuación la sentencia hizo un examen de los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, y de los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 para concluir que tanto las empresas de servicios públicos mixtas como las empresas de servicios públicos privadas que tengan aportes estatales hacen parte de la rama ejecutiva.

La decisión de constitucionalidad concluye con base en el literal g) del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, conforme al cual integran el sector descentralizado por servicios las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Desde esta perspectiva legal, el pronunciamiento de constitucionalidad asegura que en la descripción del literal g) se encuentran las empresas de servicios oficiales mixtas o privadas como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Este fallo de constitucionalidad implicó un gran impacto. Es importante destacar que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con la decisión C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, ya ha conocido, después de dicha sentencia, demandas contra empresas de servicios públicos mixtas, bajo el entendido de que se trata de entidades estatales<sup>100</sup>.

En un primer pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que su criterio mayoritario es que las empresas de servicios públicos mixtas forman parte de la rama ejecutiva del poder público y que por lo mismo son objeto de control de la jurisdicción contenciosa y no de la ordinaria, lo cual fue reafirmado por la Corte Constitucional en la citada sentencia<sup>101</sup>.

La misma Sección indicó que las empresas de servicios públicos mixtas son entidades estatales prestadoras de servicios públicos que hacen parte del género

---

<sup>100</sup> Autos de Diciembre 12 de 2007, Rad. 33624 y 33645 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y Sentencia de marzo 27 de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>101</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, autos de diciembre 12 de 2007, Rad. 33.624 y 33.645, MP Mauricio Fajardo Gómez. Mediante este último proveído (33.645) la sala resolvió los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP y la sociedad Comcel S.A., contra el auto proferido del 3 de agosto del 2007 por la consejera conductora del trámite del recurso Ruth Stella Correa Palacio mediante el cual había declarado la nulidad de lo actuado por la falta de jurisdicción.

prestadores de servicios públicos domiciliarios y que en cuanto respecta a su naturaleza jurídica, se acogía al criterio la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional<sup>102</sup>.

En otro recurso de anulación de un laudo arbitral, también esa Sección Tercera-respetuosa de la tesis mayoritaria de dicha Sala así como de la decisión de la Corte Constitucional (la cual transcribieron), definió que era competente para conocer el asunto, en atención a que las empresas de servicios públicos mixtas son entidades publicas "*según señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007*", en tanto esta ultima decisión zanjo la discusión sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, con fuerza de cosa juzgada constitucional<sup>103</sup>.

Por otra parte, esa misma Corporación en cumplimiento de dicha providencia de constitucionalidad, ya ha estudiado procesos en que hace parte una empresa de servicios públicos privada con aportes públicos (sin importar el monto), sobre la base de que se trate de una "*entidad estatal*"<sup>104</sup>, en donde la sala se ha limitado a obedecer el pronunciamiento de constitucionalidad.

De lo anterior entonces podemos concluir al revisar el trascendental fallo de constitucionalidad lo siguiente:

---

<sup>102</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de marzo 27 de 2008, rad. 33.644, MP Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>103</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, exp. 1100 1032600002007-00010-00 (33.645), recurrente convocada: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, Convocante: Comcel S.A., MP Ruth Stella Correa Palacios, SV Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

<sup>104</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2008, exp. No. 1100 (34.543), Teleacceso S.A. en liquidación, convocante. Colombia Móvil S.A. ESP MP Ruth Stella Correa Palacio.

i) Las demandas de inconstitucionalidad partieron del supuesto según el cual las empresas de servicios públicos mixtas eran una especie del género "sociedades de economía mixta" y que, por lo tanto los porcentajes previstos en la Ley 142 de 1994 también debían ser declarados inexecutable como sucedió con anterioridad respecto de éstos en la ley 489 de 1998. Empero, la Corte Constitucional desechó este argumento y precisó que las empresas de servicios públicos están sometidas a un régimen constitucional singular (365 y 367). La decisión de constitucionalidad pareciera así dar la razón a la opinión disidente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que estaba apoyada en la doctrina nacional dominante en materia de servicios públicos.

ii) Si bien la Corte Constitucional concluye que las empresas de servicios públicos mixtas no son equiparables a las sociedades de economía mixta, el pronunciamiento de constitucionalidad adopta un enfoque que termina por aproximar estos dos tipos societarios: si hay dineros públicos, sin considerar el monto, en una empresa de servicios públicos, ésta reviste el carácter de estatal.

iii) Los ciudadanos no demandaron la inconstitucionalidad de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos privadas, solo acusaron la expresión "*mayoritariamente*" y los porcentajes de las empresas de servicios públicos mixtas. A su vez, la Corte declaró executable en forma pura y simple los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, que prevén las definiciones de empresa de servicios públicos mixta y de empresa de servicios públicos privada.

El gran resultado de todo lo anterior es que al vincularlas empresas de servicios públicos mixtas a la rama ejecutiva del poder público y su condición de entidades descentralizadas implica la aplicación del derecho público en subsidio de la normatividad especial de servicios públicos domiciliarios y por ende consecuencias como lo son la sujeción a control fiscal, el régimen de inhabilidades, regulación del presupuesto y la creación sujeta a orden o



autorización de ley, acuerdo u ordenanza, aplicable por ende a la creación de filiales.

La Sentencia C- 746 de 2007 ha establecido claramente que las empresas de servicios públicos, independientemente de su clasificación y denominación (mixtas, privadas, oficiales) si tienen algún porcentaje de capital público, pertenecen a la rama ejecutiva, es decir, son entidades estatales, administrativas.

Las empresas de servicios públicos con algún tipo de participación de la Nación, son entidades públicas, que hacen parte de la administración, clasificadas como descentralizadas, que prestan servicios públicos, sometidas al régimen jurídico propio de las servicios públicos domiciliarios.

### **3.2. ¿A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SE LES APLICA EL RÉGIMEN PÚBLICO EN SUBSIDIO DE NORMA ESPECIAL?**

Independientemente del tipo de entidad administrativa y la naturaleza de éstas, si son entonces consideradas como la descentralización por servicios, o descentralización funcional, se concluye que al hacer parte de la administración, éstas se regirán en lo no regulado por la norma especial, es decir Ley 142 de 1994, por las normas de derecho publico y nunca por el derecho privado El hecho de haber vacío en la ley 142 de 1994, no implica nunca que es una autorización para aplicar el derecho privado<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> En este sentido ha establecido el Dr. Carlos Alberto Atehortúa: *“Además de las normas constitucionales especiales del sector de los servicios públicos domiciliarios, en el caso de las entidades descentralizadas, esto es: Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Empresas de Servicios Públicos oficiales, mixtas y privadas con aportes estatales, les son aplicables las normas constitucionales referidas a la descentralización y a sus servidores las normas Constitucionales relativas a los servidores públicos”*. (ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, “Régimen Jurídico de las empresas deservicios públicos domiciliarios a la luz de la Doctrina Constitucional” Estudio presentado ante el X Congreso Nacional e internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008.)

Consideramos que dado lo anterior, la respuesta es unívoca y sencilla, en donde dado que hemos definido con base en la evolución jurisprudencial expuesta, y con base en la última Sentencia (la C-736 de 2007) que se entienden como entidades estatales todas las empresas de servicios públicos que tengan aporte estatal en su capital, a éstas empresas se les aplicará la normatividad de derecho público en subsidio de la norma especial de servicios públicos. Así las cosas, las empresas oficiales, mixtas y privadas con capital público seguirán la normatividad general aplicables a las entidades de la administración en los temas que no regulados en la Ley 142 de 1994.

La constitución de filiales y subsidiarias es por lo tanto una de éstas medidas las cuales se deben regir por norma de derecho público en razón de que la Ley 142 de 1994, no establece un procedimiento especial para ello.

Las únicas empresas prestadoras de servicios públicos que se exceptúan de la aplicación del derecho público en subsidio de las normas especiales de servicios públicos son las empresas de servicios públicos con el 100% de su capital en manos privadas.

### **3.3. ¿CUAL ES EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LA CREACIÓN DE FILIALES Y SUBSIDIARIAS?**

La constitución de una empresa de servicios públicos filial o subsidiaria de una empresa que tuviese aporte público, a las cuales según lo anterior hemos concluido le es aplicable el derecho público, implicará la celebración de un contrato de sociedad en el cual deben concurrir las diferentes entidades a ser socias de la misma; dependiendo de la empresa de servicios públicos a ser socia a su vez de la nueva empresa, se requerirá la autorización para contratar, autorización que se otorga por el organismo competente dependiendo del nivel territorial de cada entidad, así para las entidades del sector central en el orden

nacional se hace mediante ley, en el departamento mediante ordenanza y en el orden municipal mediante un acuerdo.

Dado que la entidad aportante es una entidad descentralizada (la empresa de servicios públicos ya constituida con aportes de la nación) se deberá proceder conforme lo determinen sus estatutos y en todo caso deberá tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 18 de la Ley 142, no se hace necesario modificar los estatutos de las sociedades para autorizarles que inviertan en empresas de servicios públicos, pues ya esta autorización la han obtenido en forma directa de la Ley, y no es necesario que en cada caso se obtenga el pronunciamiento del Congreso, la Asamblea o el Consejo; salvo que en sus estatutos así se determine.

Si el socio de la nueva empresa es además la Nación, se requerirá de Ley, que autorice su participación en la misma y si el socio es además una entidad territorial, se requiere de la autorización mediante ordenanza o acuerdo, según se trate de un departamento o de un Municipio.

El aspecto más importante para examinar es el relativo a la aplicación o no del parágrafo del artículo 49 de la Ley 489, en lo relativo a la autorización del Presidente, el Gobernador o el Alcalde cuando se pretende la constitución de una ésta entidad descentralizada indirecta. Dado que hemos concluido la aplicación de la Ley 489 en forma residual, le será aplicable a la creación de empresas de servicios públicos filiales o subsidiarias como a cualquier otra entidad administrativa, por lo que sí se requiere la correspondiente autorización del Presidente, el Gobernador o el Alcalde.

Serán por lo tanto únicamente las empresas de servicios 100% privadas a las que el régimen aplicable es exclusivamente la Ley 142 y no previsto en ella se aplica el derecho privado, por ende no necesitará de autorización gubernamental alguna.

En resumen, las conclusiones las podemos establecer como:

- A la prestación de servicios públicos el legislador en desarrollo de su facultad de libre configuración legislativa determinó que al ser prestado por empresas de servicios públicos mixtas y privadas con aportes del Estado, estas constituyen entidades descentralizadas.
- Las empresas de servicios públicos con algún tipo de participación de la Nación, son así entidades públicas, que hacen parte de la administración, clasificadas como descentralizadas, que prestan servicios públicos, sometidas al régimen jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios.
- Al ser parte de la administración se les aplican las normas de derecho público en subsidio de las normas específicamente aplicables por medio del régimen jurídico especial contenido para este tipo de empresas, principalmente en la Ley 142 de 1994.
- Dado el vacío legal en el régimen especial de dicha Ley 142 de 1994, en cuanto a la creación de filiales y subsidiarias, se aplica las normas al respecto del derecho público y específicamente la Ley 489 de 1998.
- La creación de filiales y subsidiarias de empresas de servicios públicos que tengan algún tipo de participación de la Nación, departamento o municipio, se hará siempre por medio de ley, ordenanza, o acuerdo o autorización de éstos.
- Dada la autorización general del párrafo 18 de la Ley 142 de 1994, el aporte de la empresa controlnate de servicios públicos se da en razón de esta autorización general, salvo establecido en contrario en sus estatutos.

- Al ser aplicable el párrafo de la Ley 489 de 1998, se requiere en todo caso de autorización del Presidente, Gobernado o el Alcalde, para dicha constitución.
- Las empresas de servicios públicos que no hayan observado este procedimiento para dicha constitución estarían incursas en la ilegalidad de sus actos y por ende siendo nula la creación de estas entidades.

## BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El nuevo servicio público”, 1997.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No.85. Miércoles 29 de mayo de 1991. Integrantes del Subcomisión III.

ATEHORTUA RÍOS Carlos Alberto, Servicio públicos domiciliarios. Legislación y jurisprudencia. Edición Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, 2003.

ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto, “Régimen Jurídico de las empresas deservicios públicos domiciliarios a la luz de la Doctrina Constitucional” Estudio presentado ante el X Congreso Nacional e internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008.

CONSEJO DE ESTADO. La Sentencia de la Sección Tercera del 25 de octubre de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. MP Carlos Betancur Jaramillo, Expediente S 701 de 23 de septiembre de 1997, reiterado por CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Expediente S-701, 26 de marzo de 1998, MP Carlos Betancur Jaramillo y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Autos de Diciembre 12 de 2007, Rad. 33624 y 33645 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y Sentencia de marzo 27 de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Concepto 1066 de 1997,

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicios Civil, Concepto No. 1.588, 19 de noviembre de 2004, MP: MONTES CORTÉS, Susana.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: POVEDA PERDOMO, Alberto Demandada: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, exp. 1100 1032600002007-00010-00 (33.645),

recurrente convocada: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, Convocante: Comcel S.A., MP Ruth Stella Correa Palacios, SV Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2008, exp. No. 1100 (34.543), Teleacceso S.A. en liquidación, convocante. Colombia Móvil S.A. ESP MP Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de marzo 27 de 2008, rad. 33.644, MP Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Documento Compes 3538 del 11 de Agosto de 2008

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico sobre el Proyecto de Memorando de Entendimiento, MOU, Entre Colombia Telecomunicaciones y Telmex. Bogotá D.C., Septiembre 19 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 263 de 1996, MP. Antonio Barrera Carbonell, 5V Eduardo Cifuentes Muñoz, AV Julio. Cesar Ortiz Gutiérrez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 375 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 176 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero, en sentido similar sentencia C 265 de 1994 MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C 179 de 2005 MP Marco Gerardo Monroy Cabra,

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 263 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 558 de 2001, MP Jaime Araujo Renteria,

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 953 del 1 de diciembre de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997 MP Fabio Morón Díaz, (Febrero 11 de 1997)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-290 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-558/01, Referencia: expediente D-3269, Magistrado Ponente: ARAUJO RENTERIA, Jaime.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 1999. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-270 de 2004 citando la Sentencia de Constitucionalidad C-558 de 2001 MP: JAIME ARAUJO RENTERIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-514 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 del 3 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Tres postulados para el nuevo servicio público.

DUGUIT, León, Las transformaciones del derecho público, Trad. Adolfo Posada, Librería Española, Madrid, 1926, p. 85,86, 92 y 105.

DUSSAN HITSCHERICH, Jorge Servicios públicos Domiciliarios

DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. “El régimen de los servicios públicos domiciliarios” 1ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, 2005.

GACETA CONSTITUCIONAL No. 53, 18 de abril de 1991.

GACETA CONSTITUCIONAL no. 85, 29 de mayo de 1991.

GACETA CONSTITUCIONAL, No. 48, 4 de abril de 1991.

GASPAR CABALLERO SIERRA. Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo, Bogotá Edit. Temis, 1972. Citado por LIBARDO RODRÍGUEZ en “la estructura del poder público en Colombia”, Edit. Temis, Bogotá 2004.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Intervención oficial del ministerio de Minas y Energía en la revisión respecto a la demanda de inconstitucionalidad C-066 de 1997.



JEZE, Gastón, principios generales del Derecho Administrativo, Tomo I – La técnica jurídica del derecho público francés, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1949, trad. Julio San Millán Almargo.

JEZE, Gastón. Principios Generales. Tomo II La noción de servicio público-Los agentes de la Administración pública.

Ley 142 de 1994.

Ley 153 de 1887

Ley 222 de 1995

Ley 489 de 1998. Artículos 36 y 68.

PALACIOS MEJÍA. Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos, Ed. Derecho Vigente, Bogotá, 1999.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, 2002,

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Bogotá, 1996.

RODRÍGUEZ AZUERO, Libardo. Derecho Administrativo, Ed. 2008.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 0116 de 2003

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 041 febrero 7 de 2008.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Concepto 756 de 2001

WALINE, Marcel, Droit Administratif, Paris, 1934

X CONGRESO NACIONAL Y I INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Discurso de Instalación-Conversatorio Doctor José Antonio Vargas Lleras presidente junta Directiva Andesco.