

**CONTROL JUDICIAL DE ACTOS CONTRACTUALES DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS OFICIALES: UN CONFLICTO ENTRE JURISDICCIÓN COMPETENTE Y RÉGIMEN
JURÍDICO**



WENDY JHOJANNA URREA ALMANZAR

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho
Administrativo

Director (a)

CLAUDIA MARGARITA MARTINEZ SANABRIA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C., diciembre de 2021

Contenido

Resumen.....	4
Introducción	5
1. Capítulo I: Régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios- ESPD oficiales.	7
1.1. Cuestiones previas sobre los servicios públicos domiciliarios y las empresas de servicios públicos domiciliarios – ESPD oficiales.....	8
1.2. Régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales - ESPD.	10
2. Capítulo II: Naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales- ESPD.....	14
2.1. Criterios de la Ley 142 de 1994:.....	15
2.2. Actos contractuales como actos administrativos.....	16
2.3. Actos contractuales como actos privados.....	20
3. Capítulo III: Jurisdicción competente para el control judicial de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales – ESPD	22
4. Capítulo IV: Efectos jurídicos generados a partir del conflicto entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente de los actos contractuales de las ESPD públicas.	27
4.1. Cargas procesales y procedimientos en procesos judiciales ante las jurisdicciones.	28
4.2. Diferencia de trato entre las ESPD de acuerdo con la sentencia de unificación.	38
4.3. Violación al principio de juez natural y la competencia según la especialidad.....	39
Conclusiones	42
Trabajos citados	45

Índice de tablas

Tabla 1. Requisito de procedibilidad y requisitos de presentación de la demanda	29
Tabla 2: Etapas procesales de admisión, inadmisión, rechazo y traslado de la demanda.....	30
Tabla 3. Etapas del proceso judicial en ambas jurisdicciones.....	32
Tabla 4. Doble instancia y cuantías en ambas jurisdicciones.....	33
Tabla 5. Caducidad en ambas jurisdicciones.....	34

CONTROL JUDICIAL DE ACTOS CONTRACTUALES DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES: UN CONFLICTO ENTRE JURISDICCIÓN COMPETENTE Y RÉGIMEN JURÍDICO

Resumen

La Ley 142 de 1994 se planteó como una solución a las deficiencias en la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte del Estado, de manera que garantizó la libertad económica y la libre competencia entre prestadores privados, oficiales y mixtos, dotándoles de un régimen de contratación privado que permitiera la prestación eficiente en igualdad de condiciones.

Si bien el régimen legal otorgado se fundamenta en normas civiles y comerciales, los prestadores oficiales integran normas del derecho administrativo, y en todo caso es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de las controversias contractuales en las que hagan parte estas entidades.

En el presente documento se hace un análisis de las posturas legales y jurisprudenciales originadas en torno al régimen legal de contratación, a la jurisdicción competente, y la naturaleza de los actos expedidos por los prestadores oficiales para finalmente establecer los efectos jurídicos que tienen origen en la dicotomía presentada.

Abstract

Law 142 of 1994 was proposed as a solution to the deficiencies in the provision of domiciliary public utilities by the State, thus guaranteeing economic freedom and free competition among private, official and mixed providers, providing them with a private contracting regime that would allow efficient provision under equal conditions.

Although the legal regime granted is based on civil and commercial rules, the official providers integrate rules of administrative law, and in any case the contentious-administrative jurisdiction is competent to hear contractual disputes involving these entities.

This document analyzes the legal and jurisprudential positions on the legal regime of contracting, the competent jurisdiction, and the nature of the acts issued by official providers in order to finally establish the legal effects that have their origin in the dichotomy presented.

Palabras clave

Empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, régimen legal de las ESPD, jurisdicción competente de controversias contractuales, actos contractuales.

Keywords

Official domiciliary public utilities, legal regime of the ESPD, competent jurisdiction for contractual controversies, contractual acts.

Introducción

Contexto del problema

A partir de la promulgación de la Constitución Política en el año 1991, Colombia inició una nueva etapa que marcaría el desarrollo jurídico del país, por cuanto se consagró como un Estado Social de Derecho en el que se reformuló la manera como las personas interactúan con las instituciones públicas.

Al respecto Lozano (2013) señala que el Estado no se limita al reconocimiento formal de los derechos, sino que sus instituciones deben actuar para crear condiciones sociales y materiales que permitan hacer realidad el disfrute de esos derechos, con el fin de garantizar un mínimo de condiciones dignas de vida. En materia de servicios públicos domiciliarios, esta transformación impulsó la promoción de los intereses generales y el bienestar social, y de acuerdo con esto el legislador promulgó la Ley 142 de 1994.

La Ley 142 de 1994, fue expedida con el propósito de regular entre otros aspectos el régimen que atañe a la actividad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ya sean de carácter privado, público o mixto. En lo que respecta a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales esta norma definió un régimen sustancial de derecho privado, ello como excepción a lo preceptuado en el Estatuto General de la Contratación Pública (que determina un régimen de derecho público para las entidades estatales), lo cual en principio permitiría inferir que bajo una óptica lógica jurídica el juzgamiento de sus actuaciones estarían dentro de las reglas del derecho privado y la jurisdicción ordinaria sería la competente.

Descripción del problema

La Ley 142 de 1994, que consideró un régimen jurídico principalmente privado como se indicó en precedencia, no estableció precisa y taxativamente cual sería la jurisdicción competente para las controversias que con ocasión de la actividad contractual pudieran tener los prestadores de servicios domiciliarios oficiales, lo que se considera un vacío jurídico, que quedo al libre desarrollo jurisprudencial. Es de anotar que si bien en el cuerpo normativo no se estableció una regla general, si desarrollaron situaciones específicas, como es el caso del ejercicio de prerrogativas exclusivas de las autoridades públicas o aquellos casos en que se incorporen cláusulas excepcionales en los contratos suscritos por empresas de servicios públicos domiciliarios en donde se endilgó su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa y en contraposición el conocimiento de los procesos ejecutivos que adelanten las empresas prestadoras si se le atribuyo a la jurisdicción ordinaria.

No obstante, dentro de los procesos contractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se integran normas y procedimientos propios del derecho administrativo, asimilados a su naturaleza jurídica, y a la naturaleza pública de los servicios prestados, lo cual durante años ha suscitado diferentes posiciones jurisprudenciales, unas hacia el derecho público y otras hacia el privado, siendo la posición más reciente y aparentemente ausente de discusión que en la práctica judicial se endilgue a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de los actos expedidos en la actividad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.

Pregunta de investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es ¿Cuáles son los efectos jurídicos que genera el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales expedidos en el marco de la actividad de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales?

Justificación de la investigación

La presente investigación encuentra su justificación en la necesidad de aclarar el vacío jurídico descrito por cuanto el mismo genera efectos jurídicos tanto para los prestadores como para las partes de estas relaciones, más aún si se tiene en cuenta que los actos contractuales de este tipo de empresas se celebran con oferentes particulares que si bien desarrollarán actividades con un interés general, son motivados por intereses particulares y por la intensión de lucrarse.

La identificación de la jurisdicción que conoce de los actos emitidos en el marco de las relaciones contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales necesariamente implica estudiar el régimen jurídico de estas entidades, toda vez que evidentemente la naturaleza de los actos contractuales ha influenciado respecto del órgano competente para el control judicial, el cual se debate entre el derecho privado y el derecho público. Esta situación puede generar inseguridad jurídica y algunos efectos legales tanto para la entidad como para los particulares que contratan con estas entidades.

En consecuencia, este conflicto no solo traería efectos a la empresa que presta el servicio (por la incertidumbre del sistema aplicable a su comportamiento), sino que también puede ocasionar dificultades a los terceros contratados que puedan creer que sus intereses han sido lesionados.

Adicionalmente, es importante determinar con claridad la competencia para dirimir los conflictos derivados de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pues en cada una de las jurisdicciones involucradas existen normas y criterios procesales distintos que pueden beneficiar o perjudicar a los extremos procesales.

En definitiva, es necesario verificar ¿por qué si la actividad contractual se da bajo condiciones de derecho privado y los actos resultantes gozan de un régimen jurídico y de características y constitución igualmente privadas, el control judicial de los mismos es conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa, que no debería encuadrarse en los actos y contratos producto del ejercicio de las actividades del objeto social de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios?

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Así las cosas, el objetivo general planteado para la presente investigación corresponde a determinar qué efectos jurídicos genera el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales expedidos en el marco de la actividad de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.

Objetivos Específicos

Para desarrollar este objetivo general, se han determinado como objetivos específicos los siguientes:

- 1.** Identificar el régimen jurídico de contratación establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.
- 2.** Establecer los criterios para determinar la naturaleza jurídica de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.
- 3.** Establecer los criterios que se han adoptado para la determinación de la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.
- 4.** Analizar los efectos jurídicos que genera el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente para el control judicial de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.

Metodología de la investigación

Desde el punto de vista metodológico, la presente investigación tiene como propósito realizar un estudio analítico de tipo jurídico, en la medida en la que busca analizar las normas jurídicas y la jurisprudencia que regulan tanto el régimen jurídico de las ESPD, como la Jurisdicción competente en los conflictos que surjan en su actividad contractual, mediante la observación y estudio documental y la aplicación de la hermenéutica jurídica. Por consiguiente, el tipo de investigación será dogmático-jurídica, esto en los términos de Tantaleán Odar (2016) que define este tipo de investigación como aquella relacionada con las normas jurídicas en abstracto, por lo que esencialmente se relaciona con el estudio de las normas jurídicas en sede teórica.

Dicha afirmación se refuerza si se tiene en cuenta que las fuentes formales del derecho que se analizaron para el desarrollo del pretendido estudio corresponden a leyes y normas, jurisprudencia, doctrina y principios del derecho. Señala Tantaleán Odar (2016), que las investigaciones dogmáticas se equiparan a todo tipo de estudio que se fundamenten en las normas jurídicas analizadas de modo abstracto o teórico, procedentes de las fuentes formales¹ y los principios generales del derecho.

En consideración a lo referido, el método de investigación será descriptivo, argumentativo, cualitativo y teórico para el desarrollo de los cuatro objetivos específicos definidos.

Desarrollo

La presente investigación se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero se analiza el régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. En el segundo capítulo se estudia los diferentes criterios con los cuales se ha determinado la naturaleza jurídica de los actos contractuales expedidos por las ESPD. En el tercer capítulo se identifican los criterios

¹¹ Entiéndase fuentes formales del derecho la legislación, jurisprudencia, costumbre, doctrina, y negocios jurídicos.

existentes para establecer la competencia jurisdiccional, para finalmente, en el cuarto capítulo realizar un análisis de los efectos jurídicos que se generan con el conflicto suscitado de los aspectos previamente estudiados.

1. CAPÍTULO I: RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS- ESPD OFICIALES

1.1. Cuestiones previas sobre los servicios públicos domiciliarios y las empresas de servicios públicos domiciliarios – ESPD oficiales

Sea lo primero, establecer brevemente algunas cuestiones previas sobre los servicios públicos domiciliarios y las empresas prestadoras de estos. En la Constitución Política de Colombia se concibe inicialmente la prestación de servicios públicos como garantía del Estado en cumplimiento de los fines esenciales plasmados en la parte dogmática de este cuerpo normativo.

Para Montaña (2002) desde un punto de vista constitucional la categoría de servicios públicos es parte fundamental de las finalidades del Estado que materializan el interés general, así, su consagración constitucional está ligada a las consideraciones genéricas sobre las finalidades institucionalizadas. Bajo una mirada instrumental, Palacios (1999) indica que constitucionalmente los servicios públicos se entienden como “ciertas actividades, encaminadas a proporcionar bienes o servicios “públicos” y “privados, que interesan a todas las personas y tienen, por lo tanto, naturaleza homogénea; esas actividades pueden estar a cargo de las autoridades o de los particulares” (p. 160)

Como lo cita Dromi (2004), “el servicio público como prestación satisface una necesidad comunitaria; no está en el mercado solo por connotaciones pecuniarias y por la persecución de objetivos económicos. Su fin prevaleciente está dado por la eficaz satisfacción de necesidades colectivas”. (p. 828)

Este concepto fue recogido por la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en la que se conceptualizaron los servicios públicos como aquellos que “están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines” (Ley 80,1993, art. 2).

Ahora bien, debe esclarecerse que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es la especie, de tal modo que puntualmente respecto de la particularidad de servicio público domiciliario, éste se define como aquel que se recibe en el domicilio o lugar de trabajo y sirve para satisfacer las necesidades básicas de bienestar y salubridad de la población. A su vez, la Corte Constitucional en diferentes providencias² definió los servicios públicos domiciliarios como “aquellos que prestan a través de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y los sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas” (Corte Constitucional, Sala Plena, T-578,1992)

² Al respecto ver sentencia T-578-1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-493 de 1997 Magistrado ponente Fabio Morón Díaz; Sentencia C-066 de 1997 Magistrado ponente Fabio Morón Díaz

De conformidad con el artículo 1º y 14º de la Ley 142 de 1994 los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil del sector rural son servicios públicos domiciliarios.

Si bien en cumplimiento de los artículos 334, 336 a 370 superiores, la prestación de los servicios públicos domiciliarios se extendió hasta los particulares, dicha prestación no se escapa de la intervención del Estado, pues aun cuando el papel ya no es el de prestador universal, ahora lo es el de regulador y vigilante, a fin de que entre otras cosas se preste en condiciones idóneas por los particulares.

En lo que concierne al papel del Estado como garante, la Corte Constitucional ha indicado que, con la vigilancia y control ejercida, se busca alcanzar entre otros los siguientes objetivos:

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; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; en atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; 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; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; (Corte Constitucional, Sala Plena, C-389,2002)

Respecto de las características de los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, ha expuesto, entre otras cosas, que:

El servicio público domiciliario tiene un "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa. (...) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-578,1992)

La Corte Constitucional (1992), también hizo mención del concepto de empresa de servicios públicos domiciliarios, en adelante ESPD, cuando señaló: "El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución- puede ser prestado directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por, particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios" (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-578 ,1992)

A la luz de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de uno o varios servicios públicos o realizar una o varias actividades complementarias, o una y otra actividad (Ley 142, 1994, Arts. 17 y 18). Puntualmente para el objeto de esta investigación, la norma clasifica a la empresa de servicios públicos domiciliarios oficial como aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes (Ley 142, 1994, Art.14).

La Superintendencia de Sociedades (2004) señaló que en lo atinente al término de empresas de servicios públicos domiciliarios -ESPD, estas corresponden a las que prestan servicios públicos

domiciliarios, y que, por tanto, se encuentran sujetas al régimen jurídico especial previsto en la Ley 142 y de manera subsidiaria, a las reglas que prevé el Código de Comercio para las sociedades anónimas. A modo de conclusión, se entiende a la ESPD como aquella entidad autorizada por la Ley para la prestación de servicios públicos domiciliarios y puede ser tanto de naturaleza privada como oficial o mixta, como se explicará a continuación.

1.2. Régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales - ESPD.

Respecto del marco legal y jurisprudencial, que rodea el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y su naturaleza, es necesario indicar que el mismo nace a partir del Decreto 01 del 2 de enero de 1984 “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”. En éste se indica que los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las Leyes y la adecuada prestación de los servicios públicos (Decreto 01,1984, art. 2). De tal manera que desde este cuerpo normativo se reconoce que la prestación de servicios públicos hace parte de la jurisdicción contenciosa administrativa por ser propia de la actuación administrativa.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 se estructuró una nueva visión respecto de los servicios públicos domiciliarios, en razón a que hasta ese momento se venían considerando como una función netamente administrativa, siendo exclusivamente prestados por entidades públicas, sin dar lugar a la participación de entidades mixtas o de derecho privado. Así las cosas, a partir de 1991 se dictan disposiciones específicas³ en materia de servicios públicos domiciliarios:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la Ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (Constitución Política, 1991, Art. 365)

De esta manera, en la Constitución Política se autoriza la ejecución de esta actividad ya no sólo por parte del Estado (directa o indirectamente) sino también por comunidades organizadas o por particulares. Debe señalarse que la competencia que se genera no se produce en términos del precio más bajo, sino bajo parámetros de calidad y cobertura en la prestación del servicio, y de esta manera se determinó la libre competencia entre entidades públicas y privadas, a fin de permitir el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la prestación efectiva de los servicios públicos para garantizar los derechos fundamentales de la población.

Sobre esta apertura de mercado y la participación de particulares en la prestación de servicios públicos domiciliarios, Atehortúa (1998) advirtió “Colombia ha adoptado un régimen de liberalización

³ En los artículos 333, 365, 366, 367 y 369 de la Constitución Política de Colombia se desarrolla lo correspondiente a los servicios públicos domiciliarios.

del sector de los servicios que permite -o al menos trata de permitir- la libre concurrencia de operadores públicos y privados al mercado de los servicios, se han eliminado los monopolios” (p. 35)

Con fundamento en lo señalado se desarrollaron normas que regularon tanto la prestación de los servicios públicos como el régimen de contratación de las entidades que los prestan. De este modo en la Ley 80 de 1993 como se indicó líneas atrás, se determinó que son servicios públicos aquellos que buscan satisfacer las necesidades generales, de una manera permanente y continua, sujetos a la dirección, regulación y control del Estado, que pretende con estos preservar el orden y asegurar el cumplimiento de los fines esenciales establecidos en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia. (Ley 80 de 1993, Artículo 2)

Por la misma vía, se promulgó la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, a través de la cual se estableció que las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de uno o más servicios públicos (Ley 142, 1994, art. 17).

Esta norma estableció tipologías de las empresas prestadoras de los servicios públicos; bien sea de tipo oficial, mixto o privado, definiendo diferencias entre ellas, principalmente relacionadas con la participación o no de capital público. En esta medida, en cuanto a la primera, la empresa oficial de servicios públicos, su capital es ciento por ciento (100%) estatal; en la empresa mixta dicho capital es igual o superior al cincuenta por ciento (50%); mientras que para el caso de la privada se establece un capital mayoritariamente particular.

Por su parte, los contratos que celebran las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, sus normas complementarias, lo preceptuado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil, en los aspectos no regulados por la mentada Ley.

En todo caso, sin importar el tipo de empresa de servicios públicos de que se trate, la Ley 142 determinó un régimen contractual que por regla general es privado pero que excepcionalmente puede dar aplicación a normas de derecho público. Esto teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 31 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 que indica expresamente que “los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa” (Ley 142, 1994, Art. 31)

Igualmente, en la Ley 142 de 1994, en su artículo 32 se indica claramente la sujeción al derecho privado de los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, incluso aun cuando estas sean públicas, pues manifiesta que la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios (esto es pública, privada o mixta) así como los actos para la administración y ejercicio de derechos de sus socios se regirán exclusivamente por el derecho privado en lo no dispuesto en la mentada Ley y siempre y cuando no sea contrario a la Constitución y la Ley.

Lo dispuesto en el artículo 32, cobija entonces a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales pues en el mismo artículo se señala que dicha regla se aplica 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. (Ley 142,1994, Art. 32)

Respecto de esta disposición normativa, Atehortúa (1998) señaló que la remisión que se hace al párrafo primero del artículo 32, ha de entenderse como elemento de integración normativa, que permite afirmar que, los contratos que celebren las entidades públicas encargadas de prestar los servicios a que hace referencia la Ley 142, no están sujetos a las disposiciones de la Ley 80. Adicionalmente el autor señaló que la aplicación del derecho común (privado) no puede entenderse como una excepción a la aplicación de los principios generales, ni es un escape a los controles políticos, fiscales y disciplinarios.

En lo relacionado a la naturaleza privada de los actos que emiten las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y especialmente a lo señalado en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, Galvis (2005) señaló que la finalidad de este mandato es dotar a las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios, de instrumentos que iguallen las condiciones respecto de las empresas prestadoras privadas, de tal manera que dándoles una naturaleza privada a los actos y contratos por medio de los cuales ejercen su labor podrán competir de forma más equitativa.

En concordancia de estas disposiciones, se expidió la Ley 489 de 1998 con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública. De tal manera, su cumplimiento está dirigido a todos los organismos o servidores que sean titulares y ejerzan funciones administrativas, prestación de servicios públicos o suministro de obras y bienes públicos (Ley 489, 1998, Art. 2).

A partir de la expedición de esta Ley y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación dispuesto para la misma, resulta de gran relevancia identificar que se incluye dentro del campo de acción de la obligatoriedad de esta Ley a los prestadores de servicios públicos haciéndolos sujetos de sus disposiciones. Si bien desde el artículo 2 se empieza a vislumbrar la sujeción de los prestadores oficiales a esta norma, puntualmente en el artículo 84 de la misma se indica de forma expresa que en lo no previsto en la Ley 142 de 1994 se deberá hacer remisión a la Ley 489 y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione (Ley 489, 1998, Art. 84).

Lo anterior en armonía con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual indica que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben dar aplicación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política en desarrollo de su actividad contractual y de acuerdo con su régimen legal especial. (Ley 1150, 2007, Art. 13).

Frente al desarrollo teórico que se le ha dado al asunto bajo estudio, inicialmente debe indicarse que el régimen de los servicios públicos domiciliarios hace parte de esos regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto General de la Contratación porque aplican normas del derecho privado. En tal sentido lo manifiesta Ballesteros (2013) al afirmar que existen regímenes contractuales de entidades estatales a las cuales no se les aplica el Estatuto Contractual, lo cual se constituye como una manifestación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado.

Sobre el régimen privado que se desarrolló anteriormente, Rojas (2005) manifestó que “se adecuó el régimen de los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, para, en cierta manera, no dejarlas en desventaja respecto de sus competidoras privadas, al permitirles relativa celeridad en los procesos de contratación.” (p. 33)

De otra parte, en relación con el desarrollo jurisprudencial en torno al tema de estudio, durante los primeros años posteriores a la expedición de la Ley 142 de 1994 se evidenció una producción jurisprudencial amplia, respecto de los servicios públicos, su prestación, la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y el régimen jurisdiccional aplicable⁴.

Posteriormente, respecto del régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional, sentó un precedente al declarar exequibles algunos artículos de la Ley 142 de 1994, bajo los siguientes argumentos:

No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera Ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma Ley 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 (Corte Constitucional, Sala Plena, C-066, 1997).

Adicionalmente, en la mentada sentencia la Corte Constitucional aclaró que el régimen contractual fijado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino que corresponde a una reglamentación especial sobre los servicios públicos domiciliarios, en concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, esto en razón a que el estatuto general plasmado en la Ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las entidades autorizadas en la Ley para prestar los servicios públicos domiciliarios, que en aras de la libre competencia resultan ser bastantes.

En similar sentido, el Consejo de Estado precisó que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidos, por regla general, al derecho privado, sus conflictos deben dirimirse por la jurisdicción ordinaria y sólo se aplica el derecho público como régimen excepcional (Consejo de Estado, Sala Plena, S-701, 1997).

⁴ Se resalta algunas de las principales decisiones: Corte Constitucional C-263 de 1996 del 13 de junio de 1996 MP Antonio Barrera Carbonell Consejo de Estado 30 de abril de 1997 exp 12957 MP José María Carrillo; Consejo de Estado Auto S. 701 del 23 de septiembre de 1997; Consejo de Estado auto del 9 de Octubre de 1997 exp 12.682; Consejo de Estado auto del 26 de Marzo de 1998 exp 14.000; Consejo de Estado 18 de marzo de 1999, exp 15685 M.P Ricardo Hoyos Duque

Esta posición, fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencias posteriores en las que declaró estar a lo resuelto en la Sentencia C-066-97 insistiendo en los argumentos allí señalados (Corte Constitucional, Sala Plena, C-150, 2003).

Igualmente, en relación con el carácter especial del régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos, la Corte Constitucional señaló que, teniendo en cuenta que la prestación de este tipo de servicios conlleva al cumplimiento de fines sociales, requiere de una regulación especial por parte del legislador, y sobre esto indicó:

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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-736, 2007)

En conclusión, se estableció entonces un régimen contractual que por regla general es privado pero que excepcionalmente y solo en los casos previstos por la Ley 142 de 1994 puede dar aplicación a normas de Derecho Público. Tal como lo indicó Montaña Plata (2003), “la principal característica del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia es su carácter mixto, es decir la inclusión de prescripciones propias del Derecho público y del Derecho privado” (Pag.581).

2. CAPITULO II: NATURALEZA DE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES- ESPD.

Teniendo en cuenta lo expresado en el acápite anterior, los contratos que suscriban las ESPD están sujetos al derecho privado, lo que en principio las exime de seleccionar a sus contratistas a través de procesos de selección de convocatoria pública, sin que ello consista en una restricción pues en todo caso pueden establecer procedimientos para la escogencia de contratistas (Galvis, 2005).

Para el caso de estudio, se reitera que la Constitución Política de 1991 modificó la competencia exclusiva que se le había dado al Estado para la prestación de servicios públicos domiciliarios, de tal manera que, a la luz de ésta, los particulares y empresas mixtas podrían entrar a participar de la prestación de estos servicios. Dicha participación desde la óptica pública tiene como propósito garantizar a la población el acceso a estos servicios, que se consideran uno de los pilares para el cumplimiento de los fines esenciales, las garantías, prerrogativas y derechos ofrecidos en la Carta Magna y que en esencia continúa siendo una actividad pública.

Como se indicó en precedencia, en desarrollo de los preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994, la cual adoptó un régimen jurídico especial que en principio se considera privado, pero que en algunas ocasiones se ha señalado como de carácter mixto, integrado por reglas de Derecho Privado y, excepcionalmente, por reglas de Derecho Público. No obstante, de acuerdo con lo hasta aquí estudiado no hay una desvinculación total del derecho público, en tanto que a pesar de que su actividad principal debe realizarse bajo la libre competencia y la apertura económica (entendido este como el espíritu de la Ley 142) para el caso de las ESPD oficiales, no se deja de lado la naturaleza de

ser una entidad pública que actúa en pro de la prestación de servicios para el interés general, lo cual se encuentra sujeto a la aplicación del derecho público en algunos aspectos.

Lo señalado fue manifestado por el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil al afirmar que el uso del régimen de contratación sujeto a normas del Derecho Privado no limita la aplicación de los fines esenciales del Estado y de los principios propios de la administración pública, como lo es el principio de prevalencia del interés general, o el principio de responsabilidad. Pese a lo anterior la corporación dejó en claro que, “si no se estipulan cláusulas exorbitantes, (hoy denominadas cláusulas excepcionales) procede la aplicación de las normas de Derecho Privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición especial”. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 1293, 2000)

De esa manera, de acuerdo con el régimen otorgado a las ESPD oficiales, los actos y contratos emitidos por estas entidades gozan de la particularidad de encontrarse en medio del derecho público y el privado. En este sentido, la Corte Constitucional indicó que “el contrato de servicios públicos es de naturaleza mixta, es decir, de Derecho Público y de Derecho Privado” al indicar:

La relación jurídica del contrato “no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el Derecho Privado, sino por el Derecho Público, contenido en las normas de la Constitución y de la Ley que establece el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios o a impedir que las ESPD abusen de su posición dominante (Corte Constitucional, Sala Plena, C-263,1996).

Pese a que aparentemente, se encuentra claramente definida la naturaleza privada de los actos y contratos emitidos por las ESPD oficiales, han existido diferentes criterios para la identificación de la naturaleza de los actos contractuales. A continuación, se resaltan los más relevantes:

2.1. Criterios de la Ley 142 de 1994:

Es necesario identificar inicialmente en la Ley 142 los criterios que allí se tuvieron en cuenta para determinar la naturaleza de los actos contractuales, esto en razón a que dicha norma es la fuente primaria de la regulación de los servicios públicos domiciliarios hasta la fecha en Colombia.

De lo indicado en los artículos 13 y 30 de este cuerpo normativo, se puede interpretar que a las controversias que se den en el marco de la actividad contractual deben aplicarse los principios que invoca la misma norma, contenidos en los artículos 1 a 12 y que hacen una remisión expresa a los principios de la función pública, lo que se traduce en una interpretación principialista, es decir, una interpretación desde la aplicación de principios.

Más adelante, en el artículo 32 se indica que la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos, se regirán en lo no previsto por la Ley 142 por las reglas del derecho privado, salvo que la Constitución o la Ley 142 señalen cosa distinta, incluso a las sociedades en las que sean parte entidades

públicas, haciendo una clara declaración de que los actos y contratos de las empresas prestadoras serán de carácter privado.

Por su parte, el artículo 186 de la Ley 142 establece que, de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley regula en general las actividades relacionadas con los servicios públicos, de manera que deroga cualquier disposición en contrario y prevalece sobre cualquier Ley especial que se dicte con posterioridad.

Así las cosas, existen tres criterios desarrollados en la Ley 142: 1. Los actos y contratos de las ESPD están regulados por la Ley 142 y en lo no dispuesto allí por el derecho privado; 2. En materia contractual deberá hacerse uso de los principios para la interpretación de acuerdo con lo señalado en la misma Ley; 3. Dichos principios, deben asociarse a aquellos que rigen la función administrativa y la gestión fiscal.

2.2. Actos contractuales como actos administrativos

Es importante establecer para la presente investigación, el concepto de acto administrativo, especialmente si se tiene en cuenta que son las ESPD oficiales las que son objeto de análisis. De acuerdo con García De Enterría, y Fernández (1993) como lo cito Güaechá (2017) “Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (p. 34).

Por otra parte, Gallego y Menéndez (2011) desde una óptica vinculante afirman que: “acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos” (p. 45).

Así las cosas, debe entenderse al acto administrativo como “La manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1436, 2000).

En términos generales un acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración que busca producir efectos jurídicos, sin embargo, es una manifestación compleja y tal como lo argumenta Pérez (2013), no basta con el consentimiento libre para que la voluntad de la administración tenga eficacia, se requiere que quien expida el acto tenga capacidad jurídica, lo haga dentro de sus facultades y con el deseo inequívoco de producir efectos, lo que permite que estos actos tengan validez y eficacia.

Frente a los actos administrativos, es importante detallar las tipologías que en el ordenamiento jurídico se presentan: Actos Administrativos Generales y Actos Administrativos Particulares. Santofimio (2017) indicó que “el acto administrativo general es una modalidad especial del poder público que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras provenientes de cualquier autoridad administrativa, (...) creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas”

En contraposición los actos administrativos de carácter particular de acuerdo con Sánchez (2004) “resuelven una situación individual, creando un derecho subjetivo y definiendo una petición específica realizada por un particular” (p. 8).

Para efectos del objeto de la presente investigación, se hará alusión a los actos administrativos contractuales, a los que hace mención el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, cuando señala que las partes de un contrato podrán solicitar la declaratoria la nulidad de actos administrativos contractuales. Los actos contractuales pueden definirse según Ibagón (2012) como “aquellos emitidos en el marco de la ejecución de contratos, cuando es la entidad pública contratante la que los emite se denominan actos contractuales administrativos; por supuesto que, para que puedan producirse éstos, debe preexistir un contrato” (p.25).

El Consejo de Estado definió el acto administrativo contractual como “aquel expedido por la entidad pública contratante durante la ejecución, cumplimiento o liquidación del contrato en ejercicio de potestades o cláusulas excepcionales” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16496,2010)

A fin de poder establecer si los actos y contratos de las ESPD oficiales han sido equiparados a actos administrativos, es necesario revisar el desarrollo sobre aquellos actos que se contemplaron en la Ley 80 de 1993 y que tienen la investidura de actos administrativos. En este sentido, el artículo 77 del Estatuto General de la Contratación delimitó como actos administrativos los que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, destacándose entre otros la resolución de apertura, los pliegos de condiciones que se consideran actos administrativos mixtos de acuerdo con el Consejo de Estado, como lo son el acto de adjudicación o de declaratoria desierta, y en general los actos con los que se hagan efectivas las cláusulas exorbitantes y las facultades unilaterales de la administración (Consejo de Estado, Sección Tercera, 25642, 2013).

Ahora bien, respecto al comportamiento de las ESPD oficiales, se podría afirmar en principio que, por el régimen especial al que obedecen, su comportamiento no se desencadena en actos administrativos, pero este supuesto no es totalmente aplicable en la realidad jurídica en la medida en que la Ley permite a las entidades asumir facultades unilaterales respecto de los contratistas para el desarrollo de los contratos.

El primer ejemplo corresponde a la declaratoria de siniestros ante aseguradoras con ocasión de la fijación de garantías en los contratos suscritos. Las ESPD oficiales podrán expedir con sujeción al procedimiento que para ello fije la Ley, la resolución de declaratoria de siniestro a fin de obtener la afectación de la garantía. Teniendo en cuenta que se trata de funciones coactivas, se encuentra allí un acto administrativo propiamente dicho.

Dicha potestad fue ratificada por el Consejo de Estado en donde se indicó que las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales pueden clasificarse como actos administrativos basados en el ejercicio de funciones administrativas y no en la prestación del servicio público en sí misma. Para el caso en concreto se estaría facultando a las ESPD a expedir actos administrativos en el marco del ejercicio de la jurisdicción coactiva, facultad que desbordaría lo contemplado en la Ley 142 y que contraría la remisión al derecho privado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 40789, 2015).

No obstante lo anterior, recientemente el Consejo de Estado indicó que las ESPD no tienen la competencia expresa para expedir actos administrativos que declaren un siniestro y hagan efectiva una póliza, ya que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, en este caso al derecho civil y comercial, y no existe una norma que endilgue a estas empresas prestadoras la prerrogativa pública de declarar el siniestro mediante acto administrativo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 05001 2331 000 2005 07646 01, 2020).

Por lo tanto, debe recurrirse al Código de Comercio en su artículo 1077 que indica que el asegurado debe requerir al asegurador y demostrar el siniestro y la cuantía de la pérdida si a ello hay lugar. En conclusión, no habría lugar a la expedición de actos administrativos y por el contrario deberá seguirse el procedimiento establecido en el Código de Comercio, en el marco de los contratos de seguros.

En la misma línea, el Consejo de refirió que “se estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 54688, 2018).

Un segundo caso ocurre con la aplicación de cláusulas exorbitantes en los contratos. Actos que se consideran potestades exorbitantes y que, si fue regulado explícitamente por la Ley 142 de 1994 y posteriormente por la Ley 689 de 2001, que señala:

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 689,2001, art 3).

La asignación de este tipo de prerrogativas tiene como propósito remediar y corregir situaciones propias de la ejecución contractual que puedan causar una grave afectación al interés público y para el caso en concreto para la prestación efectiva, continua y adecuada de los servicios públicos domiciliarios. Entre las cláusulas exorbitantes se destacan las de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos.

Para el caso de la aplicación de la caducidad y la terminación unilateral como facultades exorbitantes, la Ley 142 indicó que en lo que a estas respecta debe remitirse a lo normado por el Estatuto General de la contratación, el cual indica que “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato” (Ley 80,1993, art. 17). Por su parte para el caso de la caducidad señala que de presentarse alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (Ley 80,1993, art 18).

En consideración a lo indicado, podrían entonces las ESPD oficiales expedir actos administrativos en los casos en que se apliquen cláusulas exorbitantes.

Un tercer escenario para la expedición de actos administrativos por parte de las ESPD oficiales, lo constituye la liquidación unilateral, esto en razón a que, si bien la empresa de servicios públicos adopta un régimen de derecho privado, ha venido implementando el contenido de la Ley 80 de 1993 en relación con los términos y procedimientos del trámite de liquidación, especialmente el aspecto de la liquidación unilateral, que en todo caso debe ir precedida de requerimientos al contratista con miras a suscribir la liquidación bilateral.

En todo caso, una vez agotada la primera etapa para la liquidación bilateral, de no obtenerse un acuerdo entre las partes las entidades podrán de forma unilateral liquidar los contratos mediante acto administrativo motivado, dando así lugar nuevamente a la aplicación del derecho público y de la facultad de expedir actos administrativos.

En los casos señalados se considera entonces que algunos actos si gozan de la calidad de administrativos y se les da el tratamiento como tal. Así la Superintendencia de Servicios Públicos en concepto unificado señaló “Los actos administrativos proferidos por las empresas de servicios públicos en desarrollo del contrato de servicios públicos son actos de carácter particular y concreto y contra ellos proceden los recursos de la vía gubernativa” (Superintendencia de Servicios Públicos, s.f., par. 3)

En coadyuvancia a lo señalado, Galvis (2005) evidencia que existen excepciones al régimen jurídico de derecho privado previsto para los actos y contratos de las ESPD como lo es el contrato de servicios públicos, el cual si bien se rige por las normas del derecho privado en principio, tiene una estructuración especial fundada en el derecho público y en los criterios de obligatorio cumplimiento fijados en razón a la calidad de servicio público; adicionalmente, para las ESPD oficiales los actos expedidos con fundamento en estos contratos usualmente son administrativos, por ejemplo los que reconocen deudas derivadas de la prestación de dichos servicios, que además son objeto de la jurisdicción coactiva.

Otras de las excepciones indicadas por el autor, corresponden a los contratos que contengan cláusulas exorbitantes de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142; los contratos de concesión de uso de recursos naturales o del medio ambiente incluyendo el de acceso a espectro electromagnético de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 142; y los actos expedidos en ejercicio de las prerrogativas relacionadas con el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio desarrollados en el artículo 33 de la Ley 142 (Galvis, 2005, pág. 264).

En todos estos casos se ve involucrada la aplicación del derecho público, y la expedición de actos administrativos.

En conclusión, si bien inicialmente se determinó que los actos y contratos emitidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios corresponderán a actos de carácter privado, en la realidad jurídica se faculta a estas entidades para emitir verdaderos actos administrativos, que comportan de una parte el cumplimiento de los aspectos establecidos en el derecho público para su emisión, como lo es competencia, procedencia de recursos, régimen de responsabilidad sobre quien los emite, observancia de principios e incluso la procedencia de causales de nulidad, y de otra parte el control judicial por el juez contencioso administrativo.

2.3. Actos contractuales como actos privados

Si bien previamente se determinaron algunos escenarios que podrían considerarse excepciones, debe también estudiarse la que inicialmente se considera la regla general para la determinación de la naturaleza de los actos y contratos de las ESPD, por lo cual se remitirá a la Ley 142 de 1994, artículo 32, que preceptuó que todos los actos de las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, incluso los que se relacionen con la administración y derechos de sus socios.

A la luz de este precepto normativo, a los actos de las ESPD se aplica el Derecho Privado, es decir que no les aplica el Estatuto General de la Contratación Pública, salvo en los casos en los que legalmente se indique, por lo que no puede entonces entenderse que dichos actos tienen origen en el derecho público y en consecuencia no cuentan con la calidad de administrativos.

Lo indicado fue reiterado en la providencia del Consejo de Estado previamente citada y que señaló que “los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados, salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S-701, 1997).

La tesis señalada, corresponde a la actual posición y ha sido ratificada por vía jurisprudencial recientemente. En sentencia del Consejo de Estado se estableció el carácter privado de los actos expedidos por las entidades que cuentan con un régimen exceptuado al de la Ley 80, incluso aún frente al ejercicio de facultades previamente pactadas en el contrato. En esta providencia se señaló que los actos fruto de las facultades convenidas (multas, terminación y liquidación unilateral) son actos netamente contractuales que nacen desde la autonomía negocial y no en una facultad legal, de tal manera que al fijarlas no se otorga un poder excepcional, ni comporta el ejercicio de facultades exorbitantes teniendo en cuenta que “su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 56562, 2017).

Adicionalmente el Consejo de Estado, afirmó que los actos expedidos en ejercicio de las facultades concedidas en un contrato regido por el derecho privado tienen una naturaleza diferente a los actos expedidos de forma unilateral por una entidad estatal en un contrato regido por el derecho público, en razón a que la existencia de los primeros tiene origen en la autonomía dispositiva y la voluntad de las partes, contrario sensu los últimos se fundamentan en el ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común estimadas en la Ley, lo que si les da la calidad de actos administrativos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 57394, 2017).

La señalada providencia comporta gran importancia, teniendo en cuenta que la misma concluye que si en un contrato regido por normas de derecho privado en el que una de las partes es una entidad estatal, se conviene una facultad de la administración para darlo por terminado, imponer multas u ordenar su liquidación, estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos.

Así, el criterio contenido en esta providencia corresponde a que los actos que incorporen decisiones relativas a la resolución o terminación del contrato, imposición de multas o liquidación unilateral, no pueden ser clasificados y juzgados como actos administrativos, sino que su tratamiento debe

corresponder al de meros actos negociables sujetos al derecho comercial y civil y lo allí normado sobre incumplimiento del contrato.

Esta posición fue específicamente estudiada respecto de la liquidación unilateral por el Consejo de Estado mediante sentencia en la que se señala que los negocios jurídicos de las ESPD se rigen por un sistema jurídico de derecho privado preponderante, por lo que no pueden imponer al contratista obligaciones, ni, en general, consecuencias gravosas, contra su voluntad, pues esto es jurídicamente permitido en el contexto de la relación subordinante del derecho administrativo, y no del privado como es el caso (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 38120, 2018).

Por la misma vía, en sentencia del Consejo de Estado se advirtió que el régimen jurídico privado se rige por el principio de autonomía y por ello no pueden emitirse actos unilaterales que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 43036, 2019).

Más recientemente, el Consejo de Estado reiteró lo indicado en la providencia citada, en cuanto a darle la clasificación de privados a los actos y contratos de todas las ESPD indicando que el hecho de que se asigne un régimen de derecho privado implica que la consecuencia más obvia, natural y significativa es que los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 39800, 2019).

Se destaca el reciente auto emitido por el Consejo de Estado según el cual los actos precontractuales proferidos por entidades públicas, cuyos procesos de contratación deban adelantarse con sujeción al derecho privado, no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 58562, 2020).

Y finalmente la última y más reciente postura es la planteada por el Consejo de Estado, que recoge la posición hasta aquí señalada e incluye un análisis del principio de legalidad frente al régimen dado a estos actos en la Ley 142 precisando que con ocasión del principio de legalidad para la expedición de actos administrativos es necesario contar previamente con una habilitación legal, clara, expresa e inequívoca, de no contar con dicha habilitación se desconoce el ordenamiento jurídico y se actúa por fuera de sus límites Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 42003, 2020).

Ahora bien respecto de la naturaleza de los actos expedidos por las ESPD, en la mentada providencia el Consejo de Estado cita lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-220 de 2005 y T-558 de 2006, en donde entre otras cosas se advirtió que las ESPD no cuentan con el privilegio de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, por lo que las decisiones derivadas de estas actuaciones no constituyen actos administrativos, sino meras vías de hecho, las cuales son impugnables por medio de la acción de tutela.

Adicionalmente el Consejo de Estado en su pronunciamiento trae a colación lo señalado en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los “contratos” y para los “actos” de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, de lo cual se infiere que los actos jurídicos precontractuales y contractuales emitidos por los ESPD no

tienen la investidura de actos administrativos, salvo en los casos previstos en la Ley (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 42003, 2020).

En la sentencia de unificación citada en líneas anteriores, se establecieron puntos de unificación respecto de la naturaleza de los actos de las ESPD, que será útil para el análisis posterior sobre la jurisdicción competente para conocerlos, de interés al objetivo de la presente investigación. En el punto de unificación sobre la naturaleza de los actos de las ESPD se afirmó:

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la Ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 42003, 2020)

El anterior punto de unificación podría ser extensivo a los actos contractuales de las ESPD, en razón a que, en la providencia citada para llegar a esta unificación, uso como criterio el principio de legalidad (en cuanto a que no se otorgó facultad a las ESPD para emitir actos administrativos) de manera pues que los contratos no corresponderían a expresiones unilaterales de la voluntad como actos administrativos. Adicionalmente se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 32 de la Ley 142 (cuando se indica que los actos y contratos se rigen por el derecho privado) y finalmente en dicha sentencia de unificación se acudió al desarrollo jurisprudencial que se plasmó a lo largo de este acápite (que señala a los actos expedidos en el marco de la actividad contractual de las ESPD como actos privados), en tal sentido los actos contractuales tampoco pueden considerarse actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, tal y como el Consejo de Estado lo unificó para los actos precontractuales.

3. CAPITULO III: JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES – ESPD

La cuestión sobre la jurisdicción competente para el control judicial de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales – ESPD no ha sido un tema pacífico y diferentes juristas de manera directa o indirecta han hecho aportes al tema en cuestión. Algunos han resaltado el constante conflicto que se ha suscitado alrededor del tema, como lo indica Arias (2012) quien señalo que “el tema de la jurisdicción competente para conocer controversias contractuales y determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados por un operador de servicios públicos domiciliarios no ha tenido unicidad jurídica” (p.53).

Argumenta el autor citado que, si bien esta controversia se ha estudiado conjuntamente, en todo caso no ha existido coincidencia, “pues un contrato puede regirse por el derecho privado y su juez ser el administrativo” (Arias, 2012, p. 53).

El conflicto sobre la jurisdicción competente tiene su origen en lo señalado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, pues dentro del precepto normativo se indica inicialmente la aplicación del derecho privado, pero dispone líneas abajo el conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa en el

caso específico de la inclusión de cláusulas exorbitantes, de manera que, si se diera plena aplicación a este artículo, la jurisdicción ordinaria sería la regla y no la excepción. Esta posición se apoya en lo señalado por Galvis (2005) respecto del artículo 31 de la Ley 142 de 1994:

Dicho artículo somete al control de la jurisdicción ordinaria los actos y contratos de las empresas de servicios públicos con excepción a lo relativo a las cláusulas exorbitantes incluidas forzosamente en los contratos de las empresas de servicios públicos para lo que será competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo (p. 220)

Respecto de la jurisdicción competente para conocer los actos enunciados en el capítulo anterior, a los que cómo se indicó, se les atribuye un régimen privado, debe recordarse lo estipulado en vigencia del Decreto 01 de 1984, que desarrolló un criterio funcional en la cláusula general de competencia indicando que la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para “juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas” (Decreto 01, 1984, Art. 82). De tal manera que el fundamento de esta atribución son las funciones desempeñadas por las entidades.

Así las cosas, el referido decreto endilgó a los jueces administrativos la competencia de conocer en primera instancia de los “contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales” (Decreto 01, 1984, Art. 134B), e indico que serán competentes de este mismo asunto los tribunales administrativos cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (Decreto 01, 1984, Art. 132).

Sucesivamente, el criterio funcional continuó su aplicación con el Decreto 2304 de 1989, en tanto que modificó el artículo 82 del Decreto 01 de 1984 manifestando que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene por objeto el conocimiento de “las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”, (Decreto 2304, 1989, Art. 12) de tal manera que se mantuvo el criterio funcional teniendo como último cambio la identificación de función pública por función administrativa.

Más adelante, con la expedición de la Ley 446 de 1998 nuevamente se modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo en tanto se reguló que la cláusula de competencia general correspondía al conocimiento de “controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado” (Ley 446, 1998, Art. 30). Esta tercera modificación mantuvo el criterio funcional, aunque en esta oportunidad se amplió el espectro de las funciones, en tanto que ahora corresponde a todas aquellas que desarrollen todos los órganos del Estado.

En relación con el criterio contenido en la Ley 446 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (2007), indico que:

Para determinar la competencia no se acudía a un criterio orgánico según el cual la competencia dependía de la naturaleza jurídica de quien realizara la actividad cuyo juzgamiento se proponía, esto es, si se trataba de una persona de carácter público o privado,

sino que se adoptaba el criterio funcional según el cual la competencia de esta Jurisdicción correspondía al conocimiento de las controversias y litigios administrativos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25619, 2007).

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 1107 de 2006, tajantemente se asienta la posición del criterio orgánico para determinar la competencia de lo Contencioso Administrativo, es decir, que se abandona el criterio de las funciones administrativas y la competencia de esta jurisdicción recae en el tipo de entidad de donde se originen las controversias y litigios. De esta manera la cláusula general de competencia corresponde a las controversias y litigios que tienen como origen “la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”. (Ley 1107, 2006, Art. 1)

Sobre esta nueva percepción el Consejo de Estado afirmó que “se adoptó sin asomo de duda un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un factor subjetivo, desechándose el factor funcional.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25619, 2007). Sobre este aspecto, desde la doctrina, Cárdenas (2011) señaló:

El esfuerzo simplificador de la Ley 1107 de 2006 no estuvo exento de dificultades. Así, por ejemplo, se continuó discutiendo la competencia de la jurisdicción en relación con los contratos de las empresas de servicios públicos, debido a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2 que estableció que “sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001. (p. 279)

Consecutivamente el objeto de la jurisdicción se desarrolla bajo una nueva óptica con la expedición de la Ley 1437 de 2011, específicamente en el inciso 1 del artículo 104 que incluye varios criterios para determinar la competencia de ciertos asuntos por parte de la jurisdicción administrativa, en cuanto además de lo contemplado en la Constitución Política y en Leyes especiales, se le atribuyó el objeto a la jurisdicción contencioso administrativo de conocer las controversias y litigios fruto de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que participen las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (Ley 1437, 2011, Art. 104).

De la lectura a este artículo, se evidencia la coexistencia de tres criterios diferentes, uno estrictamente legal, otro el del régimen jurídico aplicable al origen de la controversia, y por último el criterio orgánico, coexistencia que se encuentra vigente y en plena aplicación.

Con relación a los criterios que concurren en la determinación de competencia de la Ley 1437 de 2011, Arboleda (2011) señaló que:

Así las cosas, una causa es del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque: – En forma expresa la Constitución Política o la Ley especial así lo ordenan, o – Reúne dos condiciones que han de concurrir simultáneamente: el origen de la controversia debe ser

un acto, contrato hecho, operación u omisión sometido al Derecho Administrativo, y debe estar involucrada una entidad pública o un particular que ejerza funciones públicas. (p. 165)

Si bien los criterios estimados en la Ley 1437 buscaban dar un giro a lo establecido, puede evidenciarse que se mantiene el criterio orgánico, y sobre esto Arias (2012) indicó que con este criterio se hizo una “extensión a cualquier contrato en el que participe una entidad prestadora con capital estatal superior al 50%”. Esto disminuye aún más la posibilidad de que estos asuntos sean conocidos por la jurisdicción ordinaria.

Paralelamente, desde el punto de vista jurisprudencial pueden identificarse tres posturas o momentos. En el primer momento, se estableció que, la regla general en materia de servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado, por lo que el conocimiento de sus controversias correspondería a la jurisdicción ordinaria. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, S-701,1997).

Un segundo momento se indicó que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16661, 2001).

Esta segunda posición fue ratificada posteriormente por la misma Corporación en sentencia No. 29703 del 2006. Adicionalmente, el Consejo de Estado refiriéndose a la Ley 142 de 1994 indicó que reguló ambiguamente el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, haciendo uso del criterio de las cláusulas exorbitantes para definir la normatividad aplicable y el juez del contrato, de forma que los contratos de prestación de servicios regulados en la aludida norma que contengan cláusulas exorbitantes por autorización de las comisiones de regulación y los contratos especiales enunciados estarían sometidos al derecho público y a la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25453, 2004).

De acuerdo con lo indicado en la Ley 142, en ese momento se endilgo todo lo correspondiente al conocimiento de cláusulas exorbitantes a la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como lo reitera Suarez (2017) al advertir que “cuando en un contrato se establecieran cláusulas exorbitantes, el juez administrativo conocería de todo tipo de controversias que surgieran sobre el mismo, y no solamente de las que surgieran por el uso de dichas cláusulas”. (p. 136)

Y finalmente en el tercer y actual momento, se estipuló que: “ Si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 39800, 2019).

Cabe aclarar que la cláusula general de competencia difiere, evidentemente, de las normas de competencia contempladas en la Ley 142 de 1994, tal como se evidenció en el desarrollo legal presentado al inicio de este acápite.

Esta posición fue ampliada por el Consejo de Estado en donde se realizó un breve recuento sobre las diferentes posturas que se han adoptado entorno a la jurisdicción competente. Concluyó que al acudir a la cláusula general de competencia ante un vacío normativo, puede resultar que “la controversia sea de su conocimiento y, en todo caso, si el sujeto prestador de servicio público domiciliario involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 39800, 2019).

Esta posición se fundamenta entre otras cosas por lo establecido por el Consejo de Estado que desarrolló este último criterio declarando que en casos especiales como el de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de los artículos 19.15, 31 y 32, entre otros de la Ley 142, es necesario remitirse a los artículos 16 del C.P.C. y 82 del C.C.A. para establecer si, de acuerdo con lo allí dispuesto, la controversia es de competencia de la mencionada jurisdicción (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 27673, 2005).

Recientemente, el Consejo de Estado respecto de la jurisdicción competente para las controversias en donde participen empresas prestadoras de servicios públicos concretó puntos de unificación, que se sintetizan de la siguiente manera:

- Cuando no exista norma expresa que determine la jurisdicción que conoce de controversias en las que participe un prestador de servicios públicos domiciliarios, debe dirigirse a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (104 del CPACA) para establecer el conocimiento de esta jurisdicción, y si con esta remisión no se infiere la competencia de lo contencioso administrativo corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer el asunto.
- Por regla general los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por el derecho civil y comercial, y los principios de la función administrativa, salvo las excepciones fijadas para el efecto.
- Las controversias de los actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo que no sean actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción de reparación directa. En todo caso se indicó además que los jueces resolverán la controversia de fondo, aunque no se haya empleado el medio de control señalado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 42003, 2020).

En consideración a esta última sentencia de unificación, puede decirse entonces que de manera inmediata no hay lugar en la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de los actos contractuales que gozan de régimen privado expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, aun cuando es la opción más garantista.

Lo señalado en razón a que de una parte la Ley 142 de 1994 no fijo una regla general para el conocimiento de los actos contractuales, salvo en aquellos casos en que expresamente se atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativo la competencia para ejercer el control judicial. Así las cosas, al no existir norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios oficial, en cumplimiento del criterio unificado deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (104 del CPACA) para resolver el vacío normativo.

Esta cláusula general como se indicó previamente a partir de la Ley 1437 de 2011, resulta ser muy amplia y abarca múltiples aspectos que fácilmente encasillaría el conocimiento de los actos contractuales de las empresas prestadoras de servicios oficiales, pues al tenor de ésta la jurisdicción conoce de actos y contratos en los que estén involucradas las entidades públicas, volviendo así al criterio orgánico desarrollado con anterioridad (teniendo en cuenta las características de las ESPD oficiales) y dejando casi que nula cualquier posibilidad de remisión a la jurisdicción ordinaria para estas ESPD.

En igual sentido se desarrollan dos tipos de procesos para conocimiento de la jurisdicción contenciosa que concurren ante el caso bajo estudio. En primera medida establece que conocerá de “los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes” (Ley 1437, 2011, Art. 104). En este caso la causal es clara e incluso se desarrolla en la Ley 142 de 1994.

En segunda medida señala que la jurisdicción contenciosa conocerá de “los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”, causal en la que pueden encasillarse todos los demás actos contractuales en los que sean parte las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, por su calidad de entidad estatal restando importancia al régimen de derecho privado atribuido a sus actos.

Lo anterior, permite inferir que lo que se consideró por mandato expreso de la norma una aplicación excepcional del derecho público, con todo lo señalado se convierte en regla general, desconociendo así el espíritu del legislador.

4. CAPITULO IV: EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS A PARTIR DEL CONFLICTO ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE DE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE LAS ESPD PÚBLICAS.

Los primeros tres capítulos de esta investigación pretendían de una parte dar un contexto significativo respecto de la trayectoria que se ha suscitado tanto en las altas cortes como en el Congreso de la República entorno al régimen jurídico, la naturaleza de los actos y la jurisdicción competente en materia de servicios públicos domiciliarios. Y, de otra parte, evidenciar que el tema objeto de investigación no ha tenido una evolución pacífica ni estática, pues como pudo observarse a

lo largo del tiempo se han presentado diversos giros jurídicos y jurisprudenciales que han matizado el desarrollo de los conceptos estudiados.

Ahora bien, el propósito no es dar un calificativo de bueno o malo, o de aprobar o desaprobar las posiciones actuales frente al tema, sino más bien en cumplimiento del objetivo general planteado al inicio de esta investigación, determinar cuáles son los efectos jurídicos que puede causar toda la dicotomía planteada a lo largo del documento. Para esto, se han identificado tres posibles efectos o consecuencias que entre otras tantas pueden presentarse, y que se detallan a continuación.

4.1. Cargas procesales y procedimientos en procesos judiciales ante las jurisdicciones.

En relación con la discusión suscitada frente a la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se surtan con ocasión de los actos contractuales entre los prestadores de servicios públicos oficiales y los particulares, hasta este momento es claro que la competencia está en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo que de antemano se puede indicar un desacuerdo. Así las cosas, en adelante se establecerán las diferencias recaen en las cargas procesales que debería afrontar un particular cuando con ocasión de una controversia contractual tuviera que activar el aparato judicial.

Es necesario aclarar que los parámetros a estudiar se harán bajo el caso hipotético de una controversia contractual en la que se hayan generado perjuicios, suscitada entre una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial y un particular (persona natural o jurídica), con quien se suscribe un contrato de prestación de servicios, compraventa, obra, suministro etc., con el propósito de solventar una necesidad institucional.

Así las cosas, previo a establecer la diferenciación entre los requisitos y trámites procesales establecidos para las dos jurisdicciones, es necesario fijar el tipo de proceso o medio de control que se debería ejercer en una y otra. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativo el particular del caso, deberá presentar sus pretensiones bajo el modelo del medio de control de controversias contractuales, contemplado en el artículo 141 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo cuando señala que cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare la existencia, nulidad, revisión, incumplimiento, nulidad de actos administrativos contractuales, indemnización de perjuicios, liquidación y que se hagan otras declaraciones y condenas.

De otra parte, si la jurisdicción ordinaria fuera la competente para conocer del caso presentado, tendría entonces que presentarse una DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL, la cual tiene su origen en el artículo 1602 del Código Civil en el que se indica que “Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Ley 84, 1873, art. 1602); De esta manera, quien sea responsable de causar el daño o perjuicio con ocasión del contrato suscrito, debe compensar o indemnizar a la otra parte. Este tipo de pretensiones se demandan bajo un proceso declarativo y su trámite corresponde a un proceso verbal.

Tanto la Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA) como la Ley 1564 de 2012 (en adelante CGP), buscan implementar de manera significativa un sistema oral o por audiencias públicas, con miras a simplificar

el trámite y garantizar el principio de intermediación sin vulnerar los derechos y garantías del debido proceso, contribuyendo así con la descongestión de los despachos y dando cumplimiento a lo previsto en la Ley 1285 del 2009. Ahora bien, en cuanto a las cargas procesales, se establecerá de acuerdo con cada etapa del proceso judicial los escenarios en una y otra jurisdicción, a fin de determinar las diferencias más relevantes:

a) Requisito de procedibilidad y presentación de la demanda

En lo concerniente principalmente a la presentación de la demanda, y a los requisitos que deben cumplirse antes y durante la presentación de esta, con miras a que en todo caso sea admitida y se le pueda dar el trámite correspondiente, para cada una de las jurisdicciones se tienen los siguientes requisitos:

Tabla 1. Requisito de procedibilidad y requisitos de presentación de la demanda

JURISDICCIÓN ORDINARIA	JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
Requisito de procedibilidad: Conciliación extrajudicial ante cualquier centro de conciliación debidamente facultado.	Requisito de procedibilidad: Conciliación extrajudicial adelantada ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción ⁵
<ol style="list-style-type: none"> 1. Designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre y domicilio de las partes o sus representantes legales. Número de identificación del demandante y su representante y el de los demandados si se conoce o el (NIT) para personas jurídicas. 3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso. 4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. 5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer. 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario. 8. Los fundamentos de derecho. 9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria 10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Designación de las partes y de sus representantes. 2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria. 7. El lugar y dirección de notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital. 8. El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los

⁵ Artículos 23 y 35. Ley 640 de 2001

partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.	demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. ⁶
11. Los demás que exija la Ley.	

Fuente: Elaboración propia, a partir del Código General del Proceso Artículo 82. y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 162. Artículos 23 y 35 Ley 640 de 2001.

Una vez revisados los requisitos exigidos en una y otra jurisdicción, se encuentra que las diferencias más sustanciales recaen en el centro de conciliación en el cual debe adelantarse el requisito de procedibilidad y el requisito de enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en atención a lo ordenado por el Decreto-lei 806 de 2020.

b) Admisión, inadmisión, rechazo y traslado de la demanda

Ahora bien, en cuanto a las etapas procesales de admisión, inadmisión, rechazo y traslado de la demanda, se advierten las siguientes diferencias y similitudes:

Tabla 2: Etapas procesales de admisión, inadmisión, rechazo y traslado de la demanda

	JURISDICCIÓN ORDINARIA	JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
ADMISIÓN	De acuerdo con el artículo 90 del CGP, cumplidos los requisitos se admitirá, y le dará el trámite, aunque se haya indicado una vía procesal inadecuada, adicionalmente se integra el litisconsorcio necesario y ordena aportar los documentos en poder del demandado solicitados por el demandante.	El artículo 171 del CPACA, adiciona que en el auto admisorio dispondrá notificación personal al demandado, a quienes tengan interés directo, al Ministerio Público y por Estado al actor; así mismo ordenará que el demandante deposite los gastos ordinarios del proceso.
INADMISIÓN	El CGP señala en su artículo 90 que mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda solo cuando no reúna los requisitos formales, no aporte anexos ordenados por la ley, cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales, si el demandante es incapaz y no actúe con representante, cuando el demandante carezca de derecho de	En contraposición, el artículo 170 del CPACA señala que el auto que inadmite la demanda por carecer de los requisitos señalados en la ley será susceptible del recurso de reposición , y el plazo de subsanación será de diez (10) días so pena de rechazo.

⁶ Este numeral fue adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 “Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”

	postulación, si no aporta el juramento estimatorio o no agotó la conciliación prejudicial. El término de subsanación será de cinco (5) días so pena de rechazo.	
RECHAZO	El juez civil de acuerdo con el artículo 90 del CGP rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla	El juez administrativo en cumplimiento del artículo 169 del CPACA rechaza cuando hubiere operado la caducidad, cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda y cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.
TRASLADO	El artículo 368 del CGP señala que para los procesos que tengan tramite verbal el término del traslado será de 20 días y si el proceso llegase a ser de mínima cuantía el término para contestar la demanda será de diez (10) días de conformidad con el artículo 391 del CGP.	El CPACA dispone en el artículo 172 dar traslado por el término de treinta (30) días. De acuerdo con el numeral 5.º del artículo 175 del CPACA se permite la ampliación de la contestación hasta por treinta días más, cuando la parte demandada pretenda presentar dictámenes periciales. ⁷
EXCEPCIONES	Respecto del trámite de excepciones previas, el CPACA no contiene regulación especial sobre la materia y el artículo 175 de esta norma indica que las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.	

Fuente: Elaboración propia, a partir del Código General del Proceso Artículo 90; Artículo 368; Artículo 391; Artículo 100; Artículo 101; Artículo 102. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 169; Artículo 170; Artículo 171; Artículo 172; Artículo 175.

c) Etapas del proceso judicial

Respecto de las etapas del proceso judicial, se presenta la siguiente comparación:

⁷ Adicionalmente, de conformidad con el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se modifica el artículo 199 del CPACA se da un traslado común de 25 días después de surtida la última notificación, tiempo en el que las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado, una vez se cumpla este plazo se dará inicio al termino de traslado; con esto habría un término total de 55 días hábiles para contestación. En todo caso debe decirse que el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021 derogó el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, sin embargo, los términos que hayan empezado a correr en vigencia de esta norma se mantendrán. Actualmente, el término para contestar la demanda en materia de controversias contractuales es de 30 días hábiles a partir del día siguiente del recibo de la notificación del auto admisorio de la demanda, el cual se efectúa a través de correo electrónico enviado por la Secretaría del respectivo Despacho.

Tabla 3. Etapas del proceso judicial en ambas jurisdicciones

JURISDICCIÓN ORDINARIA	JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA CONTENCIOSO
<p>Audiencia inicial: Establece el artículo 372 el desarrollo de audiencia inicial al vencimiento del término de traslado de la demanda según sea el caso, mediante auto que se notificará por estado y no será susceptible de recursos. Además de las partes, a la audiencia deberán concurrir sus apoderados. La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba de una justa causa y causará sanción de 5 SMLMV. En la misma providencia, el juez citará a las partes para que concurren personalmente a rendir interrogatorio, a la conciliación, y los demás asuntos: decisión de excepciones previas, conciliación, interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio, Control de legalidad, decreto de pruebas, y sentencia</p>	<p>Audiencia Inicial: Establece en el artículo 180 del CPACA el desarrollo de una audiencia inicial dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda según sea el caso, mediante auto que se notificará por estado y no será susceptible de recursos. La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa y causará sanción de 2 SMLMV. En esta audiencia se hará el saneamiento, decisión de excepciones previas, fijación de litigio, conciliación y decreto de pruebas.</p>
<p>Audiencia de instrucción y juzgamiento: En esta se practicarán todas las pruebas decretadas, oírán los alegatos de las partes y, en su caso, proferirá la sentencia; En caso de que el juez haya aceptado la justificación de la inasistencia de alguna de las partes a la audiencia inicial, se practicará el interrogatorio a la respectiva parte.</p> <p>El juez proferirá sentencia en forma oral, Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes.</p>	<p>Audiencia de pruebas: Dentro de los (40) días siguientes a la audiencia inicial se adelantará la audiencia de pruebas la cual no podrá durar más de (15) días.</p>
<p>De acuerdo con el artículo 392 del CGP en caso de que sea un proceso de mínima cuantía, el juez en una sola audiencia practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373</p>	<p>Audiencia de alegaciones y juzgamiento: Dentro de los 20 días siguientes se llevará a cabo la audiencia de alegatos y juzgamiento</p>

<p>del código, en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez cite a la audiencia decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere.</p>	<p>en que se oirá a las partes e intervinientes, y se dictará sentencia oral o por escrito en 10 días. Si esta se considera innecesaria se ordena la presentación por escrito de los alegatos en los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos.</p>
<p>Sentencia anticipada: Podrá dictar sentencia en audiencia inicial si no se requiere prueba adicional al interrogatorio de parte, se oyen las partes hasta por veinte (20) minutos cada una, y el juez dictará sentencia.</p>	<p>Sentencia anticipada: 1. Se dictará antes de la audiencia inicial: Cuando se trate de asuntos de puro derecho; Cuando no haya que practicar pruebas; Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. 2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez 3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva. 4. En caso de allanamiento o transacción.</p>

Fuente: Elaboración propia, a partir del Código General del Proceso Artículo 372; Artículo 373; Artículo 392; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 180.

d) Doble instancia y cuantías

Respecto de la posibilidad de una doble instancia, se encuentra lo siguiente:

Tabla 4. Doble instancia y cuantías en ambas jurisdicciones.

<p>JURISDICCIÓN ORDINARIA</p>	<p>JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA</p>	<p>CONTENCIOSO</p>
--------------------------------------	---	---------------------------

<p>La posibilidad de una doble instancia está sujeta a la cuantía de las pretensiones⁸, pues a los procesos declarativos de mínima cuantía le corresponderá el trámite verbal sumario y este será de única instancia de tal manera que no habrá posibilidad de interponer recursos ante la sentencia que resuelve el asunto. En cuanto a los procesos de menor y mayor cuantía le corresponde el proceso verbal en primera instancia y este si admite la interposición de recurso de apelación por lo que si habrá posibilidad de segunda instancia. Esto de acuerdo con los artículos 321 y 322 del CGP.</p>	<p>De conformidad con los artículos 152 y 155 del CPACA, sin perjuicio de las cuantías⁹ correspondientes los tribunales y jueces administrativos conocerán en primera instancia (Cuando es mayor y menor a 500 SMLMV respectivamente) de los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, de manera que ante sus providencias procederá el recurso de apelación. Con esto se asegura siempre la doble instancia.</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia, a partir del Código General del Proceso Artículo 321; Artículo 322. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 152; Artículo 155.

e) Caducidad

En lo que respecta a la caducidad, para ambas jurisdicciones se evidencia:

Tabla 5. Caducidad en ambas jurisdicciones.

JURISDICCIÓN ORDINARIA	JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA CONTENCIOSO
<p>Se tendrá en cuenta lo señalado en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, la cual, respecto de las acciones de responsabilidad contractual, señala que la acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de la misma ley prescribirá en el término</p>	<p>El literal j del numeral 2 del artículo 164 del CPACA indica que para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales el término de caducidad será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho</p>

⁸ Artículo 25. Cuantía Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv). Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

⁹ Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía. La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella.

<p>de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de estos. (Ley 80,1993, artículo 55).¹⁰</p>	<p>que les sirvan de fundamento, no obstante, el termino se cuenta a partir de momentos diferentes de acuerdo con la situación que le de origen así:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Si se pretende nulidad absoluta o relativa del contrato, se cuenta desde el día siguiente al de su perfeccionamiento ▪ Si es un contrato de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato; ▪ Si es un contrato que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato ▪ Si es un contrato liquidado de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta; ▪ Si es un contrato liquidado unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe; ▪ Si es un contrato que no logró liquidarse se cuenta una vez cumplido el término de (2) meses a partir del plazo fijado para la liquidación bilateral, o de (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga¹¹
---	---

¹⁰ Esto en concordancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia de 1998: El artículo 55 de la ley 80 de 1993 reguló la prescripción de la acción civil por responsabilidad contractual contra las entidades estatales, los servidores públicos, los contratistas, consultores, interventores y asesores externos por las conductas y omisiones que les sean imputables en el proceso de contratación y que ocasionen perjuicios. Dicha acción, por su naturaleza estrictamente civil, esto es, sustentada en normas de derecho privado, es diferente a las acciones contractuales, fundadas en normas de derecho público a que se refiere el art. 87 del C.C.A, que tenían un término de caducidad especial en la norma acusada. (Corte constitucional, 1998, C-574)

¹¹ Si dentro de estos dos años posteriores al término acordado para la liquidación bilateral y la unilateral, o a falta de estos dos últimos son 4 y 2 meses, es decir en 30 meses se suscribe el acta de inicio se revive el término de dos años para acudir a la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de controversia contractual. Al respecto en sentencia de unificación el Consejo de Estado señaló: La Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro

Fuente: Elaboración propia, a partir del Estatuto General de la Contratación, Artículo 55. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 164.

f) Régimen probatorio

En materia probatoria para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 211 del CPACA “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. (Hoy Código General del Proceso), cabe decir que en cuestiones probatorias son pocas las reglamentaciones del CPACA que se contienen en el capítulo IX “pruebas” del título V. “Demanda y proceso contencioso administrativo.”

Respecto de las reglas especiales para las entidades públicas, el artículo 58 de la Ley 2080 de 2021 modificó el artículo 222 del CPACA indicando que en este caso se faculta a las entidades públicas para que mediante contratación directa seleccionen los expertos que atenderán la prueba pericial requerida en un proceso judicial y en caso de que una entidad pública rinda una experticia el juez deberá ordenar honorarios a favor de esta.

De esta manera, de forma general se remite en lo no reglado a la sección tercera, título único denominado “pruebas” del Código General del Proceso, que contiene una detalla reglamentación sobre el régimen probatorio de los procesos judiciales.

g) Otras cargas procesales

Adicionalmente a los aspectos ya estudiados, existe una carga procesal adicional para las entidades públicas en los procesos que se adelanten en la jurisdicción contencioso administrativa contenida en el parágrafo 1 del artículo 175 del CPACA correspondiente a la de allegar en termino de traslado el expediente administrativo que contengan los antecedentes del contrato. Dicha carga es de obligatorio cumplimiento so pena de considerarse falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.

Por la misma vía, existe una carga adicional para las entidades públicas en materia de conciliación y es la de aportar en la audiencia inicial el acta del comité de conciliación debidamente suscrita en donde conste la posición de conciliar o no respecto del asunto debatido en el proceso judicial. Esto de conformidad con el artículo 180 del CPACA.

Es de anotar que estas cargas aplican únicamente para la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente habiendo estudiado los procesos, requisitos y etapas de los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa señalados bajo el supuesto de una controversia

de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato. (Consejo de Estado, 2019, 62009)

contractual en la que se hayan generado perjuicios, suscitada entre una ESPD oficial y un particular se pueden resaltar las siguientes conclusiones:

- a) En cuanto al requisito de procedibilidad existe una carga mayor en lo contencioso administrativo, pues la conciliación extrajudicial se adelanta ante el Ministerio Público, sin embargo, no tiene costo para el solicitante como si ocurre en los centros de conciliación para asuntos de la jurisdicción ordinaria.
- b) Respecto a la formulación de la demanda, la única carga adicional que contiene el CPACA es la de enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados.
- c) De acuerdo con el traslado, existen más intervinientes en el proceso judicial adelantado en la jurisdicción contencioso administrativo.
- d) En la jurisdicción contencioso administrativa, existe una carga para el demandante correspondiente a la de cancelar los gastos ordinarios del proceso.
- e) En lo que concierne a la inadmisión de la demanda son más específicas las causales estimadas en el CGP. Contra el auto que inadmite la demanda, existe la facultad de interponer el recurso de reposición en lo contencioso administrativo mientras que la jurisdicción civil no permite recursos contra este auto.
- f) El término de subsanación resulta ser más garantista en la jurisdicción contencioso administrativa que en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esto hace más expedito el trámite.
- g) Frente a las causales de rechazo, taxativamente se contemplan más en el CPACA que en el CGP.
- h) En relación con los términos de traslado son más amplios los otorgados en el CPACA, que los dados en el CGP, lo cual hace más extenso el proceso judicial.
- i) La inasistencia a la audiencia inicial injustificada tiene una sanción más gravosa en el proceso judicial ordinario que en el contencioso, pues corresponde a 5 y 2 SMLMV respectivamente.
- j) Acorde con el contenido de la audiencia inicial para cada una de las jurisdicciones, en la ordinaria esta es más concentrada y por ello incluye más aspectos del procedimiento.
- k) Relacionado a lo anterior, la jurisdicción ordinaria prevé solo dos audiencias (incluso una en la mínima cuantía) haciéndola más expedita.
- l) Lo concerniente a la facultad de dictar sentencia anticipada, las dos jurisdicciones lo permiten en términos muy similares.
- m) En lo relativo a la posibilidad de una doble instancia la jurisdicción contenciosa administrativa lo garantiza para el caso estudiado cualquiera sea su cuantía. No obstante, en la jurisdicción ordinaria no habrá doble instancia para el caso de estudio si este fuere de mínima cuantía; solo aplica para menor o mayor cuantía.
- n) En lo pertinente a la caducidad, el acceso a la justicia se ve más garantizado en la jurisdicción ordinaria pues el término de caducidad es mayor en esta que en la contencioso administrativa.
- o) En cuanto al régimen probatorio y el de excepciones previas, el CPACA no regula mayormente la materia y remite al CGP.

p) Existen cargas adicionales para las entidades públicas que sean parte del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa.

4.2. Diferencia de trato entre las ESPD de acuerdo con la sentencia de unificación.

Otro aspecto a abordar, corresponde a que de acuerdo con los criterios de unificación establecidos en la sentencia del Consejo de Estado con radicación No. 42003 de 2020 y la cláusula de competencia fijada en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, se le estaría dando un trato diferencial a las ESPD oficiales y a las ESPD mixtas con capital público de más de 50% respecto de las ESPD privadas y ESPD mixtas con capital público menor al 50%, al establecer una jurisdicción competente diferente en cada caso, esto por cuanto si bien el régimen jurídico y contractual dadas a los tres tipos de ESPD resulta igual (de derecho privado) la jurisdicción competente no resulta de la misma manera.

Debe recordarse que la Ley 142 de 1994, estableció un régimen especial exceptuado al del Estatuto General de la Contratación, y lo hizo con el propósito de vincular tanto al sector público como al sector privado en el ejercicio de la prestación de servicios públicos domiciliarios. De esta manera en la exposición de motivos de lo que hoy es la Ley 142 de 1994, se estableció que:

El proyecto del gobierno plantea elementos interesantes de esta reestructuración: eliminación de la restricción de mercados, vinculación del sector privado tanto a través de recursos de inversión como a través de contratos de gestión o con las empresas públicas; reordenamiento de las tarifas y los subsidios; fortalecimiento y separación de las funciones de regulación y control y vigilancia. Si bien todos estos elementos son posibles y necesarios, en nuestro sentir son insuficientes. En la práctica, no todas las empresas adolecen del mismo grado de ineficiencia y por lo tanto el proyecto desaprovecha la oportunidad de permitirle a las empresas públicas una reestructuración (...) ello es importante si se tienen en cuenta que el sector privado entrara al sector lentamente y que, mientras se consolida la estructura de regulación y control, la interacción de los sectores público y privado es benéfica. (Gaceta del Congreso,121,1993)

Señala Palacio (2006) que las normas sobre contratos que la Ley 142 contiene se interpretan de acuerdo con los principios de eficiencia, eficacia, calidad, información, acceso, participación, neutralidad, legalidad, y garantía a la libre competencia, entre otros que impidan los abusos de la posición dominante, como ordena el artículo 333 de la Constitución Política. De acuerdo con esto, el espíritu de la Ley 142, es el de dar plena participación tanto al sector público como el privado en igualdad de condiciones. Sobre esto indica Benavides (2014):

Poco después de la vigencia del Estatuto General de Contratación, la apertura a la competencia en los servicios públicos domiciliarios justificó la aplicación del régimen de derecho privado (Ley 142/94 arts. 31 y 32) (...) la conveniencia del derecho privado se imponía así en las actividades que se encuentran en competencia con el sector privado, o bien en las actividades que requieren flexibilidad en su gestión, como las de ciencia y tecnología y las tareas públicas o de interés general, adelantadas en asocio con los particulares o entre entidades públicas.

Así las cosas, de acuerdo con Galvis (2005) el legislador optó por unir la libre competencia y el régimen de derecho privado para los actos y contratos de las ESPD como mecanismo para atraer la

inversión privada y lograr mayor cobertura y eficiencia en la prestación de servicios públicos. No obstante, y como se dijo anteriormente la participación privada no implica la exclusión o restricción de la participación de las empresas públicas, si no que por el contrario la empresa pública debe inscribirse “necesariamente en el mercado y en las exigencias que le son propias” (Correa, 2008, p. 398).

En este mismo sentido, según Serrano (2016) bajo la premisa de que los servicios públicos se despliegan en un escenario de libertad económica, libre competencia y liberalización, cuando el Estado pretenda participar de dicha actividad deberá hacerlo en condiciones de igualdad, esto es, sin ningún tipo de privilegios o cargas injustificadas.

Es fundamental reiterar que la estimación de un régimen especial para los prestadores de servicios públicos, tiene la intención de garantizar en igualdad de condiciones la competencia, y especialmente respecto de las ESPD oficiales y las ESPD mixtas con capital público del más del 50%, pues estas deberían someterse a ritualismos, requisitos y procedimientos propios del derecho público y del régimen de contratación pública en la mayoría complejos que dificultarían su participación en el mercado de manera eficiente.

De esta manera, la estimación de las tipologías de ESPD, no pretendía darles un trato diferente, sino por el contrario igualarlas a un mismo plano en el que sin importar el origen de su capital pudiesen competir bajo criterios de calidad, por lo tanto, el hecho de que se asigne la jurisdicción contenciosa administrativa para el control de los actos contractuales de las ESPD oficiales fundamentada en un criterio orgánico (entre otros criterios fijados en la Ley 1437 de 2011), va en contra vía de este trato igualitario que se estimó dar con la aplicación de la Ley 142 de 1994, pues la igualdad y la libre competencia implican que todos los operadores tengan reglas uniformes a la hora de competir y ello incluye un régimen jurídico unificado.

4.3. Violación al principio de juez natural y la competencia según la especialidad.

Dentro de la función pública que ejerce el Estado se encuentra la administración de justicia, que está contemplada en el artículo 229 constitucional como una garantía para que cualquier persona pueda ejecutar el aparato judicial. Indica Ramírez Torrado e Illera Santos (2018) que “La administración de justicia es una función pública que, conforme a la norma constitucional, debe ser ejercida de manera permanente, con las excepciones que establezca la ley, prevaleciendo siempre el derecho sustancial” (p.1).

Mediante la figura administrativa de descentralización la rama judicial establece diferentes jurisdicciones¹² que aplican una serie de normas y procedimientos que cuentan con la calidad de “especializados” según la materia y la rama del derecho a aplicar. De acuerdo con el propósito de esta investigación debe decirse que se examinará de manera puntual lo correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativo que de acuerdo con la cláusula general de competencia le corresponde

¹² Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Contencioso Administrativo, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicciones Especiales. Tomado de <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-8>

conocer de los contratos suscritos por ESPD a los que como ya se estudió se les aplica el derecho privado.

En atención a lo anterior, y como se explicó en el capítulo anterior, la cláusula general de competencia establecida en la Ley 1474 de 2011 indica que le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, Tribunales, Jueces) conocer de lo relativo a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública (para el caso de las ESPD oficiales) así como lo correspondiente a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

Sin perjuicio de lo señalado, es claro que los contratos de las ESPD de acuerdo con la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado contemplado en las normas civiles y comerciales, de ahí entonces que se evidencia una clara disyuntiva entre el asunto que debe conocer y las normas que debe aplicar el juez contencioso administrativo para resolver tal situación. Al respecto del debate sobre la manera como debe aplicarse el régimen de derecho privado a estas empresas Galvis (2005) indica que: “ha repercutido en la modificación del principio según el cual la jurisdicción ordinaria debe en sus decisiones aplicar principalmente el derecho privado y la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe aplicar el derecho público”.

Si bien la cláusula general de competencia le endilga a lo contencioso administrativo el conocimiento de contratos suscritos por ESPD, lo hace bajo una óptica orgánica, de una parte, por la mera condición de ser prestador y de otra para, el caso que nos ocupa, por ser una entidad pública, y desconociendo la especialidad en derecho privado que debe aplicarse al asunto. La discusión que se busca plantear tiene su origen en las calidades y conocimientos especializados con que debe contar un juez administrativo en contra posición con la aplicación del derecho civil en casos en que, cómo se indicó, participa una ESPD oficial.

Sobre esto, debe recordarse las calidades adicionales a las de ser abogado que exige la rama judicial a todas las personas que deseen fungir como magistrado de tribunal administrativo o juez administrativo, las cuales se encuentran contenidas en el acuerdo PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018 “Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial”, en el que puntualmente se señala en su numeral 2.5.8. que la formación profesional se acredita mediante copia de acta de grado o de títulos de pregrado o postgrado relacionados con los cargos del área, ciencia o especialidad de aspiración. (Acuerdo PCSJA18-11077, 2018).

Adicionalmente, en el mismo acuerdo respecto de la capacitación adicional que se presente deberán relacionarse directamente con la especialidad del cargo de aspiración por lo que para el caso de la especialidad contencioso administrativa se relacionan una serie de áreas del derecho público y del derecho administrativo¹³, pero en ningún caso del derecho civil.

¹³ Derecho Administrativo, Derecho Contencioso Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho en Hacienda Pública, Derecho Ambiental, Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho Electoral, Derecho Urbano, Gestión Jurídica Pública, Derecho Minero y Petróleos, Contratación Estatal, Derecho Sustancial

Es claro entonces que aquel juez o magistrado de la jurisdicción contencioso administrativa que haya acreditado su experiencia y formación académica para acceder a dicho cargo, no tienen la obligación de conocer del derecho civil o el derecho comercial, que rigen los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Esta disyuntiva si genera inseguridad jurídica para los administrados que se vean incurso en una controversia contractual en contra de una ESPD oficial, ya que en este el juez competente no cuenta con la preparación y los conocimientos específicos necesarios para resolver un asunto contractual fundado en normas civiles y comerciales y aun cuando se quiera ver al derecho como un todo entrelazado, no es menos cierto que cada especialidad cuenta con procedimientos e ítems específicos que se requieren para resolver litigios dentro de la materia.

Con esta situación se vulnera el principio de juez natural, asociado este al principio de legalidad y del acceso a la justicia, en la medida en que, si bien el juez es competente por la asignación normativa previamente dada, no lo es por la idoneidad para resolver el asunto con fundamento en su especialidad. El artículo 29 de la Constitución Política consagra al juez natural como una de las garantías procesales que conforman el debido proceso al definirlo así: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”* (Constitución Política, 1991, art. 29)

De acuerdo con la Corte Constitucional, el principio de juez natural tiene dos componentes el de la especialidad y el de la predeterminación, por lo que sobre el particular definió:

Lo anterior supone: i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial. (Corte Constitucional, 2014, T-916)

Ahora bien respecto del acceso a la justicia, la especialidad del juez resulta relevante ya que este derecho tiene entre otras cosas el objeto de que a los procesos judiciales se les dé fin mediante una decisión que resuelva de fondo las pretensiones, haciendo del aparato judicial un mecanismo efectivo para el aseguramiento de los derechos y garantías constitucionales, de manera que en caso de que el juez competente no pueda resolver en derecho el asunto estudiado aplicado normas civiles y comerciales y en su lugar se declare inhibido, se vulnera con ello el debido proceso y el acceso a la justicia pues quien reclama el derecho no tendrá una solución a su reclamación. De acuerdo con Jimenez Ramirez y Yañez Meza (2017) *“la garantía del debido proceso asegura el acceso a la justicia de una manera integral”* (p. 2).

y Contencioso Constitucional, Derecho Urbanístico, Derecho Público y Financiero, Responsabilidad y daño resarcible.

Sobre esto la Corte Constitucional señaló que el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental, que hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, en cuanto permite reclamar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, mediante el procedimiento y ante la autoridad judicial competente. (Corte Constitucional, 2014, T-916)

En consideración a lo señalado, como se ha indicado se vulneran las garantías propias del debido proceso cuando se le atribuye a un juez contencioso administrativo la competencia basados en criterios orgánicos para que resuelva controversias contractuales aplicando normas de derecho civil y comercial que no se encuentran contempladas dentro de la especialidad contencioso administrativa.

Conclusiones

De acuerdo con lo planteado al inicio de esta investigación, el objetivo general de la misma correspondió a determinar qué efectos jurídicos genera el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales expedidos en el marco de la actividad de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. Para el cumplimiento de dicho objetivo se trazaron entonces cuatro (4) objetivos específicos que se desarrollaron a lo largo del documento de forma individual como se entrará a exponer.

El primer objetivo específico de la investigación fue identificar el régimen jurídico de contratación establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. Para el desarrollo de dicho objetivo se hizo un análisis previo respecto del concepto de servicios públicos, servicios públicos domiciliarios y de las empresas prestadoras de servicios públicos desde una óptica legal, constitucional y doctrinal. Posteriormente se hizo un estudio de las principales normas y jurisprudencia que definen el régimen jurídico contractual de las ESPD.

A partir del desarrollo de este objetivo se pudo concluir que respecto del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios sin importar el tipo de empresa de que se trate incluso aun cuando estas sean públicas, la Ley 142 determinó un régimen contractual que por regla general es privado pero que excepcionalmente puede dar aplicación a normas de derecho público. Igualmente, se estableció la sujeción al derecho privado de los actos de estas empresas incluidos los actos para la administración y ejercicio de derechos de sus socios. En cuanto al desarrollo jurisprudencial estos preceptos tuvieron hito a partir de los pronunciamientos de la corte constitucional contenidos en las sentencias C-066 de 1997 y S-701 de 1997.

El segundo objetivo específico planteado fue establecer los criterios para determinar la naturaleza jurídica de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. Para esto se realizó un estudio de la normatividad lo cual permitió identificar que a partir de la Constitución Política de 1991 se eliminó la competencia exclusiva del Estado para la prestación de servicios públicos domiciliarios, incluyendo en el mercado a todos los particulares que puedan prestarlos bajo la vigilancia estatal, no obstante, el uso del régimen de contratación sujeto a normas del derecho privado no limita la aplicación de los fines esenciales del Estado y de los principios propios de la administración pública.

Por lo anterior, si bien está definida la naturaleza privada de los actos y contratos emitidos por las ESPD oficiales, han existido diferentes criterios para la identificación de la naturaleza de los actos contractuales, los cuales se encuentran en la Ley 142 y corresponden a: 1. Los actos y contratos de las ESPD están regulados por la Ley 142 y en lo no dispuesto allí por el derecho privado; 2. En materia contractual deberá hacerse uso de los principios para la interpretación de acuerdo con lo señalado en la misma Ley; 3. Dichos principios, deben asociarse a aquellos que rigen la función administrativa y la gestión fiscal.

Adicionalmente, se encontró que por el régimen especial al que obedecen las ESPD, su comportamiento no debería desembocar en actos administrativos, pero en la realidad jurídica se permite a las entidades asumir facultades unilaterales respecto de los contratistas para el desarrollo de los contratos tal como lo son la declaratoria de siniestros, aplicación de cláusulas exorbitantes en los contratos, la liquidación unilateral entre otros.

Como se pudo evidenciar durante el avance doctrinal y jurisprudencial, no ha sido pacífica la calificación de los actos contractuales de las ESPD oficiales, y a la fecha sigue sin ser definido pues la sentencia de unificación definió la naturaleza de los actos precontractuales y no las de carácter contractual, situación que genera incertidumbre. En cuanto al desarrollo de las actividades contractuales de las ESPD oficiales, la incertidumbre de la naturaleza de las decisiones tomadas por la entidad contratante ha reportado impactos jurídicos significativos, en razón a la diferencia existente entre los efectos que conllevan los actos jurídicos negociales y los que generan los actos administrativos.

Para el tercer objetivo específico se propuso establecer los criterios que se han adoptado para la determinación de la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales. Para la ejecución del objetivo propuesto se efectuó un análisis legal y jurisprudencial que permitió fijar la trazabilidad de los criterios adoptados en cada ámbito. Inicialmente se encontró que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 contiene la controversia sobre la jurisdicción competente ya que inicialmente indica la aplicación del derecho privado, pero dispone líneas abajo el conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa en caso de incluir cláusulas exorbitantes.

En cuanto a las diferentes posturas, desde el punto de vista normativo se encontró que inicialmente la asignación de competencia correspondía a un criterio funcional, criterio que se mantuvo hasta el año 2006, cuando se adoptó un criterio orgánico para la asignación de competencia, para finalmente a partir del 2011 y hasta la fecha se asignó la competencia bajo un precepto normativo que contiene tres criterios diferentes: legal, el del régimen jurídico y orgánico.

Desde el punto de vista jurisprudencial pueden identificarse tres posturas: la primera corresponde a que la regla general en materia de servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado; la segunda correspondía a que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo y finalmente en el tercer y actual momento, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso

administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De acuerdo con lo definido por la jurisprudencia de unificación, cuando no haya expresa designación de competencia, es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de los actos y contratos emitidos por las empresas de servicios públicos de acuerdo con el artículo 104 del CPACA.

De acuerdo con la unificación señalada y teniendo en cuenta que la Ley 142 no es expresa en todo caso para la asignación de competencia (excepto por el caso de aplicación de cláusulas exorbitantes) para el caso de ESPD oficiales siempre conocerá la jurisdicción contencioso administrativa atendiendo al criterio organicista sin importar el régimen legal.

Por último, como respuesta a la pregunta problema planteada correspondiente a ¿Cuáles son los efectos jurídicos que genera el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente respecto del control judicial de los actos contractuales expedidos en el marco de la actividad de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales?, y en desarrollo del cuarto objetivo específico, se hizo un estudio de tres aspectos que se consideran efectos jurídicos de la dicotomía presentada entre naturaleza jurídica y jurisdicción competente.

En primera instancia se hizo una comparación de la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria relacionada con cada una de las etapas y las cargas procesales en cada caso que permitiera identificar cual sería la jurisdicción más favorable. Posteriormente se hizo un estudio principalmente de la exposición de motivos de la Ley 142 con el ánimo de identificar el espíritu del legislador y el objetivo planteado con dicha norma. Por último, se hizo una revisión de los principios procesales que pueden verse afectados con la dicotomía desarrollada a lo largo de la investigación.

Finalmente, en relación con los efectos jurídicos que produce el conflicto presentado entre el régimen jurídico y la jurisdicción competente, se pueden sintetizar principalmente los siguientes:

- a) La jurisdicción contenciosa, contiene etapas y requisitos procesales mucho más amplias que las existentes en la jurisdicción ordinaria, de manera que implica que un proceso judicial en esta última sería mucho más expedita y equilibrada para las partes.
- b) A pesar de las marcadas ideas liberales y de mercado que plasmó la Constitución de 1991 y a la Ley 142 de 1994, al establecer que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, vulnera el trato igualitario y equilibrado que pretendía dársele, desconociendo así la competencia en igualdad de condiciones y poniendo a las ESPD oficiales en una situación mucho más compleja.
- c) El hecho de exigir a un juez contencioso administrativo con formación en derecho público, que aplique normas de derecho civil y comercial, vulnera los principios de legalidad, juez natural y debido proceso, en la medida en que el mismo no cuenta con la experticia que permita además de la aplicación taxativa de una norma, hacer la correcta aplicación y análisis de esta.

De acuerdo con las conclusiones señaladas, el tema estudiado podría ser objeto de una investigación posterior de tipo teórico-práctico que genere modificaciones normativas tendientes a mitigar los efectos jurídicos que fueron identificados a lo largo de esta investigación.

Trabajos citados

Doctrina

Arboleda Perdomo, E. J. (2011). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis.

Arias García, F. (2012). Conflictos contractuales de operadores de servicios públicos en la Ley 1437 de 2011: ¿Plenitud del criterio organicista? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 41 - 67. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3383/3033>

Atehortúa Rios, C. A. (1998). *El régimen General de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia*. (Vols. 99 (51-90)). Medellín, Colombia. Obtenido de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4280>

Atrhortúa Rios, C. A. (1998). *Régimen Legal de los Servicios Públicos* (Vol. 1ª Edición). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Ballesteros Serpa, C. A. (2013). El Régimen Contractual de las Empresas Sociales Del Estado. *Magister En Derecho*. Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario, Bogotá. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/84088304-2013.pdf?sequence=1>

Benavides, J. L. (2014). *Contratos Públicos: Estudios*. Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas Mejía, J. P. (2011). "El objeto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". *"El objeto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"*. Consejo de Estado, Bogotá.

Castro Cuenca, C. G. (2013). El régimen contractual de las empresas sociales del Estado. (*Tesis de Maestría en Derecho Administrativo*). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/84088304-2013.pdf?sequence=1>

Correa Henao, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-libertad-de-empresa-en-el-estado-social-de-derecho-9789587103137.html>

Dromi Casas, J. R. (2004). *Derecho Administrativo* (10ª ed. ed.). Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina.

- Gallego Anabitarte, A., & Menéndez Rexach, A. (2011). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons. Obtenido de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/945/94556418002/94556418002.pdf>
- Galvis Acevedo, O. A. (2005). Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: régimen objetivo, subjetivo y jurisdicción competente para conocer sus actos y contratos. *Revista de Derecho Privado*, 35, 231-271. Obtenido de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri157.pdf
- Güaechá Medina, C. N. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Vol 16(31), 34. doi:<https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a1>
- Ibagón Ibagón, M. L. (2012). Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. *Serie Derecho administrativo*, 1-129. Obtenido de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/los-actos-administrativos-contractuales-proferidos-en-virtud-de-poderes-excepcionales-y-el-arbitraje-en-colombia.html>
- Jiménez Ramírez, M. C., & Yañez Meza, D. A. (2017). LOS PROCESOS DE ÚNICA INSTANCIA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y LA DOBLE INSTANCIA. *Prolegómenos*, 2.
- Lozano Bedoya, C. A. (2013). *¿Qué es el estado social y democrático de derecho ?* Defensoría del Pueblo, Bogotá. Obtenido de <https://biblioteca.cinep.org.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=37190>
- Montaña Plata , A. (2003). Alcances de la Libertad económica Privada en el Régimen de servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991. *Revista de Derecho de Estado*, 581. Obtenido de https://scholar.google.com/citations?user=5oHvRjMAAAAJ&hl=es#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Des%26user%3D5oHvRjMAAAAJ%26citation_for_view%3D5oHvRjMAAAAJ%3Ad1gkVwhDpl0C%26tzom%3D300
- Montaña, P. A. (2002). *El Concepto del Servicio Público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Publicaciones U Externado de Colombia. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/898>
- Palacio Hincapié, J. Á. (2006). Régimen Contractual Colombiano De Las Empresas De Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601802>
- Palacios, M. H. (1999). *El Derecho de los Servicios Públicos*. Bogotá: Editorial Derecho Vigente.
- Pérez Ortiz, R. E. (2013). Eficacia y validez del acto administrativo. *Tesis de maestría*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/12215/700600.2013.pdf?sequence=1>

Congreso de la República de Colombia. (1998). *Ley 489*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la Republica de Colombia. (2001). *Ley 689*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4633>

Congreso de la Republica de Colombia. (2006). *Ley 1107*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1107_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la Republica de Colombia. (2011). *Ley 1437*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la republica de Colombia. (2021). *Ley 2080*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=156590>

Consejo Superior de la Judicatura. (2018). *ACUERDO PCSJA18-11077*. Bogotá: rama Judicial. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ffactosadministrativos.ramajudicial.gov.co%2FGetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252FPCSJA18-11077a.pdf&clen=318531

Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Asamblea Constituyente de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Presidencia de la Republica de Colombia. (1894). *Decreto 01 de 1984*. Bogotá: DAPRE. Obtenido de https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Dec01_1984.pdf

Presidencia de la Republica de Colombia. (1989). *Decreto 2304 de 1989*. Bogotá: DAPRE. Obtenido de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1764758>

Superintendencia De Servicios Públicos Domiciliarios. (s.f.). *Concepto Unificado N°20. Régimen Jurídico de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Superservicios.

Superintendencia de Sociedades. (2004). *De las empresas prestadoras de servicios públicos*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/15546.pdf

Jurisprudencia

Consejo de Estado. (2015). *Sección Tercera, 40789*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (1997). *Sala Plena S-701*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-355914634>

Consejo de Estado. (2000). *Sala de Consulta y Servicio Civil, 1293*. Bogotá: Oficina de Sistemas . Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/587449443>

Consejo de Estado. (2001). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 16661*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._16661_de_2001.aspx#/

Consejo de Estado. (2004). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 25453*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de [https://normograma.info/ssppdd/docs/05001-23-31-000-2002-03635-01\(25453\).htm](https://normograma.info/ssppdd/docs/05001-23-31-000-2002-03635-01(25453).htm)

Consejo de Estado. (2005). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 27673*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52527502>

Consejo de Estado. (2006). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 29703*,. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52521629>

Consejo de Estado. (2007). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 25619*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (2010). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 16496*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/50001-23-31-000-1993-04051-01\(16496\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/50001-23-31-000-1993-04051-01(16496).pdf)

Consejo de Estado. (2013). *Sección Tercera, 25642*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._25642_de_2013.aspx#/

Consejo de Estado. (2017). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 56562*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (2017). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 57394*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (2018). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 38120*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (2018). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 54688*. Bogotá: Oficina de Sistemas.

Consejo de Estado. (2019). *62009*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.>

consejodeestado.gov.co%2Fdocumentos%2Fboletines%2F234%2F11001-03-06-000-2019-00126-00.pdf&clen=1170672&chunk=true

- Consejo de Estado. (2019). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 39800*. Bogotá: Oficina de Sistemas.
- Consejo de Estado. (2019). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 43036*. Bogotá: Oficina de Sistemas.
- Consejo de Estado. (2020). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 05001 23 31 000 2005 07646 01*. Bogotá: Oficina de Sistemas. Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/sentencia-n-05001-2331-845532560>
- Consejo de Estado. (2020). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 42003*. Bogotá: Oficina de Sistemas.
- Consejo de Estado. (2020). *Sala de lo Contencioso Administrativo, 58562*. Bogotá: Oficina de Sistemas.
- Corte Constitucional. (2003). *C-741*. Bogotá: Gaceta de ña Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-741-03.htm>
- Corte Constitucional. (1992). *Sala Cuarta de Revisión - T-578*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>
- Corte Constitucional. (1996). *Sala Plena C-263*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-263-96.htm>
- Corte Constitucional. (1997). *Sala Plena C-066*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-066-97.htm>
- Corte Constitucional. (1998). *C-574*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-574-98.htm>
- Corte Constitucional. (2000). *Sala Plena C-1436*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>
- Corte Constitucional. (2002). *C-389*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2003). *C-150*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>
- Corte Constitucional. (2003). *C-741*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-741-03.htm>
- Corte Constitucional. (2007). *Sala Plena C-736*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>

Corte Constitucional. (2014). *T-916*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-916-14.htm>