

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

## OFICINA ASESORA JURÍDICA

### CONCEPTO UNIFICADO 20

*Nota del Editor.* Entramos a estudiar lo referente a la regla general en materia de actos y contratos de prestadores de servicios públicos domiciliarios, la manera en que se da la aplicación de principios de la función administrativa y de la gestión física. De igual modo, las condiciones de los actos administrativos expedidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliario, el control de legalidad de los mismos, sus cláusulas impuestas y cláusulas autorizadas por las comisiones de regulación. Por último se explica la prohibición que recae sobre la superintendencia para exigir que los actos de un prestador se sometan a aprobación previa suya y las inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993 en los contratos de la entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios

**Concordancia.** [Concepto 705 de 2016.](#) [Concepto 368 de 2016.](#) [Concepto 325 de 2016.](#) [Concepto 327 de 2016.](#) [Concepto 321 de 2016.](#) [Concepto 494 de 2015.](#) [Concepto 469 de 2015.](#) [Concepto 143 de 2015.](#)

## RÉGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

### 1. MARCO CONSTITUCIONAL

Dentro de la concepción del Estado Social de Derecho consagrada en la Constitución de 1991, se reconoció la importancia de los servicios públicos domiciliarios como inherentes a la finalidad social del Estado, encaminados a satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, razón por la cual, por mandato constitucional, surge la obligación de asegurar su prestación eficiente y de calidad, bajo los principios de solidaridad, redistribución de ingresos e igualdad, entre otros no menos importantes. En cuanto a su régimen jurídico, le corresponde fijarlo al legislador, como lo dispone el artículo 365 de la Carta, en armonía con lo previsto en el artículo 150, numeral 23 de ésta; permitiendo la participación de particulares, comunidades organizadas y el Estado, y reservándose éste la regulación, el control y la vigilancia de su prestación.

Lo anterior, por remisión expresa del artículo 30 de la ley 142 de 1994, debe estar en armonía con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución: *“que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*

De manera específica, las disposiciones que regulan la prestación de los servicios públicos domiciliarios se encuentran en las Leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001, sus desarrollos reglamentarios, las condiciones especiales que se pacten con los usuarios y las condiciones uniformes dadas a conocer previamente siguiendo los medios de publicidad reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, frente a cualquier omisión o vacío normativo, se deberá acudir a las normas del Código de Comercio y del Código Civil, en cuanto resulten compatibles, de conformidad con lo señalado en el artículo 132 de la Ley 142 de 1994.

## **2. REGLA GENERAL EN MATERIA DE ACTOS Y CONTRATOS DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

De acuerdo con el artículo 32 de la ley 142 de 1994: *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”* y *“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.”*

De modo que, para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe partirse de una regla general: aplica el *“derecho privado”*. Y sólo deben aplicarse las disposiciones de *“derecho público”* cuando así lo señale de manera expresa la misma ley 142 de 1994 o una disposición constitucional. Una de estas

excepciones, por ejemplo, son los contratos a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la ley 142 de 1994.

De otra parte, el artículo 31 de la ley 142 de 1994, señala que los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo en lo que la ley 142 disponga otra cosa. A su vez, el párrafo del mismo artículo señala que los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos, para que estas asuman la prestación de los servicios públicos, o para que sustituyan en la prestación a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán por el estatuto general de la contratación pública, y en todo caso el proceso de selección deberá realizarse previa licitación pública.

## **2.1. Aplicación de principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.**

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dispone lo siguiente:

*Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

Teniendo en cuenta las leyes que rigen la interpretación jurídica, en este caso, la norma según la cual la Ley especial prima sobre la Ley general, es preciso señalar que estas disposiciones no son aplicables a los contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos (sin importar la participación de capital público), cuyo régimen de contratación establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es de derecho privado.

En todo caso, esta disposición va en el mismo sentido que el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 142 de 1994, según el cual en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en lo que sea pertinente. De modo que dicha disposición sería aplicable para la categoría de las empresas de servicios públicos oficiales (numeral 14.5, del artículo 14 de la Ley 142 de 1994).

### **3. ACTOS PÚBLICOS DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, a partir del decreto 01 de 1984 no cabe duda en cuanto a que los particulares que desempeñen funciones administrativas pueden dictar verdaderos actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos previstos en el Estatuto Contencioso o en regímenes especiales, para lo cual, la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos.

Asimismo, a través del artículo 210 de la Constitución, por medio de la figura de la descentralización administrativa por servicios, se les otorga a los particulares la posibilidad de cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. Desarrollo de ello se da en el régimen de servicios públicos domiciliarios.

La ley 142 de 1994 otorga a los prestadores de servicios públicos domiciliarios ciertas facultades propias de las autoridades, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que dadas las prerrogativas, derechos y privilegios que se les ha otorgado a las entidades prestadoras de servicios “(...) *también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados*”

#### **3.1. Actos administrativos expedidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

Constituyen excepciones al régimen de “*derecho privado*” de los actos de las empresas de servicios públicos, los siguientes:

1. Actos que expiden las empresas prestadoras de servicios públicos y que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato tales como:

(i) actos de negativa del servicio;

(ii) actos que ordenan la suspensión del servicio;

(iii) actos que ordenen la terminación del contrato; (iv) actos que deciden el corte o la facturación. Es decir, aquellos a que se refieren los artículos 140, 141 y 154 de la ley 142 de 1994.

Respecto al tema de la imposición de sanciones pecuniarias en los contratos de condiciones uniformes, las empresas deben abstenerse de hacerlo, dado que, actualmente no existe una ley que expresamente autorice dicha facultad tal como lo ha señalado esta entidad en diferentes oportunidades. Lo anterior, implica que las Comisiones de Regulación deben abstenerse de dar un concepto favorable a los contratos de condiciones uniformes remitidos por las empresas prestadoras de servicios públicos, cuando incluyan sanciones pecuniarias no previstas en la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que *“es claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios no están facultadas para imponer sanciones de tipo pecuniario a los usuarios, ni por la vía del ejercicio de una potestad administrativa sancionatoria, ni tampoco como consecuencia del ejercicio de una potestad de las previstas en el derecho privado, esto, a través de las cláusulas penales.*

2. Los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos donde se ejerciten o pacten cláusulas exorbitantes impuestas o autorizadas por las comisiones de regulación (art.31, inc.2° de la ley 142 de 1994).

3. Los actos previstos en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 que tengan por objeto el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la promoción de la constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; los cuales estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

4. Los actos que se expidan con motivo de las concesiones para el uso de los recursos naturales o del medio ambiente (art. 39, numeral 1).

De igual forma, es importante tener en cuenta la Sentencia del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2004, proferida por la Sección Tercera, en donde se considera que el artículo 33 de la ley 142 pretende definir cuales actos, hechos u omisiones realizados por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Allí, se mencionan aquellos actos expedidos en ejercicio de los derechos y prerrogativas que la propia ley 142 u otras anteriores confieren para los siguientes aspectos:

*“a.- Uso del espacio público*

*b.- Ocupación temporal de inmuebles*

*c.- Promover la constitución de servidumbres o*

*d.- La enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio*

*a.- En relación con el uso del espacio público, la doctrina ha señalado que este puede ser de tres clases:*

- Común y general en el que no se requiere intervención administrativa alguna, vgr. caminar o conducir por las vías públicas, bañarse o beber el agua de los ríos y caudales, etc.*
- Uso común especial que requiere autorización administrativa (por ejemplo pescar).*
- Uso privativo para el cual se necesita una concesión (un canal de agua que se hacer saltar con fines de producción de energía).*

*Esta disposición debe armonizarse con el artículo 26 de la ley 142 que en relación con los permisos municipales establece:*

*“En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.*

*Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que éstas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.*

*Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.”*

*Esto significa que en la medida en que las empresas de servicios públicos domiciliarios pretendan efectuar un uso especial o privativo del espacio público, están obligadas a obtener la respectiva autorización de la autoridad municipal y en desarrollo de su actividad serán responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.*

*b.- La ocupación temporal de inmuebles es una actuación puramente material que en estricto sentido tampoco da lugar a la producción de actos administrativos por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios y en el evento de que estos se requieran, deberán solicitarse a la entidad correspondiente o al municipio.*

*A ese respecto el artículo 57 de la ley 142 de 1994 señala:*

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

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

*c.- En la constitución de servidumbres así mismo, las empresas de servicios públicos domiciliarios no producen actos administrativos toda vez que de acuerdo con el artículo 117 de la ley 142 de 1994:*

*“La empresa de servicios públicos que tenga interés en beneficiarse de una servidumbre, para cumplir su objeto, podrá solicitar la imposición de la servidumbre mediante acto administrativo, o promover el proceso de imposición de servidumbre al que se refiere la Ley 56 de 1981.”*

*A su vez el artículo 118 del mismo estatuto prevé que*

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

*d.- En cuanto a la enajenación forzosa o expropiación de los bienes que requieran las empresas para la prestación de los servicios públicos, lo dispuesto por el artículo 32 de la ley 142 de 1994 debe interpretarse en armonía con el artículo 116 de dicha ley que señala.*

*“Entidad facultada para impulsar la expropiación. Corresponde a las entidades territoriales, y a la Nación, cuando tengan la competencia para la prestación del servicio, determinar de manera particular y concreta si la expropiación de un bien se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, y producir los actos administrativos e impulsar los procesos judiciales a que haya lugar.”*

*El vacío que dejó la ley 142 de 1994 en cuanto no facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios para impulsar el proceso de expropiación y por consiguiente, producir el acto administrativo que determine de manera particular y concreta el bien que se ajusta a*

*los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, debe ser llenado con las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997 que confieren esa facultad además a las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores.*

*Sería por lo tanto este el único caso en el que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios - no todas - podrían proferir actos administrativos que como tales están sujetos al control de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A.). (...)*

### **3.2. Control de legalidad de los actos administrativos proferidos por las empresas prestadoras.**

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 como el de reposición ante la persona que profiera el acto y el de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en virtud de que, como señaló la Corte Constitucional, es su superior jerárquico desde el punto de vista funcional. Por otro lado, estos actos administrativos tienen control judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que regula el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de agosto de 2007, sobre la competencia de esta Superintendencia respecto a la revocatoria directa de los actos expedidos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la cual señaló que *“LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS NO TIENE COMPETENCIA PARA REVOCAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR SUS VIGILADOS. Por regla general, no puede entenderse ésta Superintendencia como un superior jerárquico de las empresas prestadoras de servicios públicos. Aunque la Superintendencia resuelve las apelaciones en segunda instancia de las controversias surgidas con las mencionadas empresas, su normatividad por ser especial y excepcional sólo puede aplicarse específicamente a ese punto, sin que sea posible extenderla a mecanismos diferentes al recurso excepcionalmente así regulado, como por ejemplo, al de la Revocatoria Directa de los actos administrativos. No cabe duda de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es superior jerárquico de las empresas ni de los demás sujetos encargados de la prestación de dichos servicios, bajo la consideración hecha antes de la jerarquía entendida como un conjunto de órganos*

*pertenecientes a un mismo organismo administrativo, ligados por una relación jurídica de subordinación, con respecto a un jefe superior de la administración.”*

Así las cosas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es competente para revocar actos administrativos proferidos por empresas sometidas a su control, cuando dicha revocatoria esté antecedida de la presentación de los recursos de la vía gubernativa. Pero, la potestad revocatoria directa de los demás actos administrativos que no estén sujetos a control funcional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sólo podrá ejercerse por las mismas empresas dentro de los términos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

#### **4. CLÁUSULAS IMPUESTAS Y CLÁUSULAS AUTORIZADAS POR LAS COMISIONES DE REGULACIÓN**

Entre las excepciones al régimen de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se encuentran las cláusulas exorbitantes, reguladas en la Ley 80 de 1993. Las comisiones de regulación son los únicos organismos que gozan de la facultad legal de imponer forzosamente estas cláusulas o de autorizarlas previa solicitud de la entidad prestadora de servicios públicos.

El segundo inciso del artículo 31 de la ley 142 de 1994 dispone: *“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.”*

Específicamente, el régimen aplicable a esta excepción se encuentra en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que regula los medios que pueden utilizar las entidades para el cumplimiento del objeto contractual, mediante prerrogativas como:

(i) la terminación, interpretación y modificación unilaterales de los contratos, (ii) el sometimiento a las leyes nacionales,

(iii) la caducidad de los contratos y

(iv) la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes estatales.

No obstante, es importante aclarar que la inclusión de estas cláusulas no se desarrolla en el marco de las reglas de dicho artículo, ya que su aplicación se sujeta a lo que determinen las Comisiones de Regulación.

La jurisprudencia ha señalado sobre esta potestad de las Comisiones de Regulación que se trata de “(...) un típico caso de deslegalización o fenómeno a través del cual funciones propias del legislador, se transfieren a una entidad administrativa, para que ésta la desarrolle a través de reglamentos o de actos administrativos de carácter particular”. Sin embargo, esta función se encuentra delimitada en la medida en que las comisiones de regulación no pueden sustituir la ley o cubrir los vacíos legales que en ella se presentan.

La Comisión de Regulación de Agua Potable – CRA – ha desarrollado el inciso segundo del artículo 31 de la ley 142 de 1994 en la Resolución CRA No. 293 de 2004, en la cual dispuso los contratos que forzosamente incluyen las cláusulas excepcionales sin necesidad de ser pactadas expresamente:

*a) Los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación;*

*b) los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos.*

*c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas,*

*d) En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.*

Con respecto a este mismo asunto, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) señaló la inconveniencia de autorizar de manera general la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, por considerar que en tal caso una de las partes podría estar eventualmente en una situación de desventaja frente a la otra. Según esa Comisión, la inclusión de esas cláusulas debe ser algo excepcional cuando la empresa solicitante acredite de manera fehaciente que se dan ciertas condiciones señaladas por esa Comisión.

## **5. AUTORREGULACIÓN DE LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

El artículo 35 de la ley 142 de 1994 dispone que: *“Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.”*

De acuerdo con el numeral 14.13. de la ley 142 de 1994 *“POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”*

La existencia del artículo 35 se originó en la necesidad del Estado de proteger la competencia de los terceros contratistas en los mercados, a los que acuden las empresas de servicios públicos que tienen posición dominante, mediante la autorregulación de los procesos de concurrencia por parte de las empresas prestadoras del servicio. También se intenta asegurar la aplicación de los principios de transparencia y libre concurrencia, establecidos en el artículo atrás anotado de la ley 142 de 1.994, el artículo 42 de la ley 143 de 1994 y en disposiciones como los artículos 6º y 7º de la Resolución CREG 009 de 1994.

La autorregulación de los procedimientos que garanticen la concurrencia de terceros, puede llegar a ser una herramienta esencial para elevar los estándares de calidad y fomentar la competitividad de las empresas prestadoras del servicio. Un buen ejemplo del tipo de paradigma que pueden adoptar las empresas prestadoras del servicio, son los principios del gobierno corporativo, que buscan además de optimizar la actividad empresarial, proteger tanto los derechos de los accionistas como de otros grupos de interés. Esto, con el objetivo de contrarrestar el riesgo operacional.

Sin embargo, la autonomía que tienen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no puede ir en contra del objeto mismo de la ley de servicios públicos. De esta manera, las decisiones que tomen las empresas con miras a regular sus procesos administrativos, deben propender por la prestación adecuada de los servicios, garantizar la libre competencia y evitar cualquier práctica restrictiva que genere un abuso de la posición dominante.

Finalmente, las Comisiones de Regulación pueden someter estos contratos como otros que ellas consideren, a los procedimientos de licitación pública previstos en la ley 80 de 1993 o a otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes. Con base en esta disposición, la CRA expidió la resolución 151 de 2001, que regula dichos procedimientos en el artículo 1.3.5.1.

## **6. PROHIBICIÓN A LA SUPERINTENDENCIA PARA EXIGIR QUE LOS ACTOS DE UN PRESTADOR SE SOMETAN A APROBACIÓN PREVIA SUYA.**

En virtud del artículo 79 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la competencia de ejercer la función de control, inspección y vigilancia sobre las entidades que presten servicios públicos domiciliarios y que, en general, ejecuten las actividades sujetas a la ley de servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, dicha función de policía administrativa fue restringida en la ley, impidiendo que la Superintendencia sometiera previamente a aprobación suya, los actos y decisiones adoptados por las empresas de servicios públicos. Esta limitación se aplica sin perjuicio a que sean empresas oficiales en general, o empresas industriales y comerciales del Estado.

Esta limitación se debe principalmente a la naturaleza del régimen de servicios públicos, ya que el legislador quiso imprimir un criterio eminentemente comercial para la prestación de servicios, que necesariamente plantea esquemas de competencia, en los cuales se exige que los distintos agentes económicos estén situados en un nivel de igualdad. El impedimento a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de intervenir en la legalidad previa de los actos, contratos y la participación en la toma de decisiones dentro de las E.S.P., evita la dilación en la actividad contractual de las E.S.P. y evita que la Superintendencia sea responsable de ésta.

Ahora bien, en relación con las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos dentro del control del uso de los recursos del Sistema General de Participaciones (Ley 1176 de 2007 y Decreto 028 de 2008) frente a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 142, es preciso señalar que, de ninguna manera se trata de aspectos contradictorios, ya que no se trata de un control previo de legalidad de los actos y contratos de los prestadores de los servicios de agua potable y saneamiento básico.

## **7. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA LEY 80 DE 1993 EN LOS CONTRATOS DE LA ENTIDADES ESTATALES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Con el artículo 44.4 de la ley 142 de 1994 se incluyeron en el régimen de las empresas prestadoras de servicios públicos, las inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993, para el caso de los contratos que suscribe cualquier tipo de entidad estatal prestadora, como las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo capital público supere el 90% del capital social, y las empresas oficiales. Claro está, sólo se presentan en los contratos que regula la ley 80 de 1993 y no lo hacen en las relaciones laborales regidas por un contrato de trabajo.

Al respecto, el Decreto-ley 128 de 1976 contiene el *“estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”*. Su artículo primero dispone que tal estatuto se aplicará a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos, de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

Por su parte, el artículo 102 de la Ley 489 de 1998 prescribe que *“los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”*.

### **7.1. Desestimación de la personalidad interpuesta.**

De acuerdo con el artículo 37 de la ley de servicios públicos, para la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se debe tener en cuenta quienes son los reales beneficiarios de los actos o contratos. Así las cosas, la desestimación de la personalidad interpuesta en los actos y contratos que se deriven de la prestación de los servicios públicos

domiciliarios, conlleva a prescindir de las personas que hayan suscrito los contratos o expedido los actos, para tomar en consideración los verdaderos beneficiarios y los intereses que detrás de ella se esconden.

En relación con esta disposición, la Corte Constitucional señaló que *“Cuando se trata de actuaciones que de cerca tienen que ver con el debido proceso judicial o administrativo, no puede sacrificarse lo sustancial y las etapas que necesariamente deben agotarse, en aras de obtener un pronto pronunciamiento sobre la legalidad en cualquier materia. El debido proceso en este caso, no es una mera condición de temporalidad, pues en el análisis de la legalidad de los actos y contratos ocurridos con ocasión de la prestación, control, fiscalización y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, pretende el legislador, sobreponer la sustancia a la forma, teniendo en cuenta no solamente quiénes figuran como intervinientes o beneficiarios de los tales actos, sino también quiénes realmente intervinieron o se beneficiaron de ellos. La segunda parte del citado artículo es así mismo garantizadora del debido proceso y, sobre todo, del sagrado derecho de defensa. El legislador en esta disposición se refiere a dos hipótesis, a saber: que como producto de dicho análisis aparezcan personas interpuestas y que aparezcan visos de fraude a la ley, en cuyas eventualidades les asiste a tales sujetos el pleno derecho de probar que actúan en procura de intereses propios y no para hacer fraude a la ley. Entonces, se trata de una simple versión del artículo 29 de la Constitución Política, que pone de presente innecesariamente algo obvio, pero que en manera alguna puede pensarse contrario al ordenamiento Superior”*.

## **8. JURISDICCIÓN COMPETENTE**

De acuerdo con el actual artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, todas las controversias generadas en los actos y contratos de los prestadores que son entidades públicas serán conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa. Ahora bien, en relación con los demás prestadores, se tendrá que revisar la naturaleza jurídica de sus actos. Por ejemplo, si un prestador privado aplica alguna cláusula exorbitante, dicho conflicto será conocido por la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, es especialmente ilustrativo el auto del 23 de septiembre de 1997 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado en el cual éste señaló cuáles actos y contratos de las empresas de servicios públicos son susceptibles de ser controlados ante esa jurisdicción:

*“...b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su*

*suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1º). C) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros,. Como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de jurisdicción administrativa (art 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.”*

*Igualmente, según la jurisprudencia del Consejo de Estado: “El vacío que dejó la ley 142 de 1994 en cuanto no facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios para impulsar el proceso de expropiación y por consiguiente, producir el acto administrativo que determine de manera particular y concreta el bien que se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, debe ser llenado con las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997 que confieren esa facultad además a las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores.”*

Sería por lo tanto este el único caso en el que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios no todas podrían proferir actos administrativos que como tales están sujetos al control de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A.).

### **8.1. La reforma del artículo 82 del C.C.A.**

Según el Consejo de Estado, antes de la reforma del artículo 82 del C.C.A., la regla de competencia se determinaba de la siguiente manera:

*(...) 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, es decir de aquellas actividades que revestían un*

*carácter administrativo, sin atender la naturaleza -privada o pública- de quien realizaba la actividad.*

Con la adopción del “*criterio orgánico*” en el nuevo artículo 82, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de todas las controversias originadas en litigios donde sean parte las entidades públicas. Como consecuencia de lo anterior, se derogaron parcialmente los artículos 132.5 y 134B.5 del Código Contencioso Administrativo dado que “*(...) la nueva ley extiende la competencia a toda clase de entidades, sin consideraciones a la función que ejercen ni al objeto de los contratos (...)*”.

Así, aunque las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas oficiales expidan actos o suscriban contratos regidos por el derecho privado, la jurisdicción contenciosa administrativa “*(...) conocerá de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni al régimen aplicable al contrato, ni el objeto del mismo(...)*”.