



CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Leonardo Augusto Torres Calderón¹

RESUMEN

La Ley 1107 de 2007 modificó el Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo en dos aspectos fundamentales: por una parte, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por otra, al agregar las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%.

A partir de éstas modificaciones, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió dos providencias, en las que dio plena aplicación al criterio orgánico sobre el criterio material, con el fin de definir las controversias que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, se plantean críticas al respecto, que demuestran que el legislador no logró el objetivo relacionado con la competencia para conocer de conflictos de empresas de servicios públicos estatales (oficiales o mixtas), lo que permite inferir que los autos proferidos por el Consejo de Estado, no tienen un fundamento legal claro.

PALABRAS CLAVES

Servicios Públicos, Criterio material, Criterio orgánico.

ABSTRACT:

Law 1107 of 2007 modified the article 82 of the administrative procedure code on two fundamental aspects: on one hand, in the definition of jurisdictions of the administrative law and on the other hand, including in this jurisdiction all companies that the nation owns a 50% of their stock or more.

¹ Profesor universitario, Doctor de Estado en Derecho Público y Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

After these modifications, the third section of the Counsel of State on two occasions decided to apply the organic criteria on the material criteria, in order to settle controversies that are part of the jurisdiction of the administrative law. However there have been critics on the subject relating on the legal competence that is required to settle conflicts that may arise with public services companies (where the state owns a part of the whole company or the whole company, making it an official company), showing that the Counsel of State has no legal ground for its decisions.

KEY WORDS

Utilities, Material Criteria, Organic Criteria.

La Ley 1107 de 2.006 modificó el artículo 82 de Código Contencioso Administrativo, en dos aspectos, a saber: En primer lugar, se definió el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como el consistente en “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, en lugar de “*juzgar las controversias y litigios administrativos*”, es decir, se suprimió el adjetivo “*administrativos*”, el cual fue cambiado por la frase “*originados en la actividad de las entidades públicas*”; en segundo lugar, se adicionó la expresión: “*incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%*”, en el primer inciso del artículo 82 después de la expresión “*originados en la actividad de las entidades públicas*”; puesto que la norma original no se refería en forma expresa a dichas sociedades de economía mixta.

Con ocasión de la modificación introducida al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la Sección Tercera de Consejo de Estado, expidió dos providencias, en las cuales dio plena aplicación al criterio orgánico sobre el criterio material, para definir las controversias que son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es decir, según el Consejo de Estado, para determinar si una controversia es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya no es necesario establecer si la entidad ejerce o no una función administrativa (criterio material), sino únicamente determinar si en el litigio hace parte una entidad pública (criterio orgánico). Esas dos providencias son las siguientes:

- Auto del 8 de febrero de 2.007, expediente No.1997-02637-01 C.P. doctor Enrique Gil Botero, expediente en el que una unión temporal presentó una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., y solicitó la nulidad de una resolución expedida por el gerente de la sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., por la cual se seleccionó como operador del sistema de alcantarillado del municipio de Rionegro a

la sociedad LYSA. El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenó remitirlo al juzgado civil del circuito; el Consejo de Estado revocó el auto apelado y lo remitió al Tribunal de origen. En esta providencia se consideró que con ocasión de la Ley 1107 de 2.006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, deben considerarse derogados los numerales 5 del artículo 132 y del artículo 134B del Código Contencioso Administrativo, reformados por la Ley 446 de 1.998. Así mismo, el Consejo de Estado asimiló las empresas de servicios públicos de carácter mixto a las sociedades de economía mixta, cuando poseen un capital superior del 50%. En consecuencia, por considerar que la empresa demandada Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. tenía un capital superior a 90%, debía considerarse que cumplía con las condiciones establecidas en la ley 1150 de 2.006, y que sus controversias son conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, excepto en lo referente a facturas de servicios públicos. En este auto salvó el voto la Consejera de Estado Ruth Stella Palacio, por considerar que no existe ningún fundamento legal para asimilar a las E.S.P. mixtas con las sociedades de economía mixta, en especial porque la ley 142 de 1.994 estableció una tipología de empresas muy diferente a la tipología de entidades públicas regulada en la Ley 489 de 1.998.²

- En auto del 18 de julio de 2.007, expediente No.29745 C.P. doctora Ruth Stella Correa Palacio, el Consejo de Estado se refirió a la Ley 1107 de 2.006, y a su exposición de motivos, y consideró que la mencionada ley adoptó un criterio orgánico. En dicha providencia se consideró que puesto que en el artículo segundo de la Ley 1107 de 2.006 expresamente se derogó el artículo 30 de la Ley 446 de 1.998, y las demás normas que le sean contrarias, había derogatoria tácita de los numerales quinto del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 134B del mismo Código, que habían sido modificados por los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1.998. En esta oportunidad, se consideró que “La jurisdicción administrativa conocerá de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto en que esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse el criterio orgánico por el artículo primero de la Ley 1150 de 2.006”. En el caso en concreto se consideró que, por cuanto la demandada había celebrado contrato con el particular demandante, **era una empresa de servicios públicos oficial**, definida como estatal en el artículo 38 de la Ley 489 de 1.998, el juez del contrato era la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Aclaró el voto el Consejero de Estado, doctor Ramiro Saavedra, en el sentido de que la Ley 1107 de 2.006,

² Ver Jurisprudencia y Doctrina No. 426. Junio de 2.007. Páginas 959 a 1001.

solamente puede aplicarse a procesos que se inicien con posterioridad a la vigencia de dicha ley, y que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para dirimir litigios derivados de la actividad comercial de una **E.S.P. oficial**.³

Aún cuando las providencias en comento tienen valiosos argumentos jurídicos que las fundamentan, considero importante hacer la respectiva crítica, pues en materia de competencia, es el legislador la fuente obligada de referencia, en aplicación del principio de legalidad, consagrado en los artículos 6 y 122 de la Constitución, por lo que la jurisprudencia debe ajustarse en un todo a las disposiciones legales aplicables. Crítica que se fundamenta en las siguientes razones:

1. En los dos autos antes mencionados, se sostiene que con la modificación del artículo 82, introducida por la Ley 1107 de 2.006, quedaron derogados parcialmente los artículos 132.5 y 134B.5 del Código Contencioso Administrativo, normas que disponían lo siguiente, habiendo quedado derogado lo resaltando en negrillas:

ART. 40.- Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 de l Código Contencioso Administrativo, quedará así: (...).

“ARTÍCULO 132. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes de los siguientes asuntos:

(...)

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. (...)”

ART. 42.- Competencia de los jueces administrativos. Adiciónase el título 14 del libro 3° del código Contencioso Administrativo con un capítulo III del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 134B. Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. (...)”

³ Ver Jurisprudencia y Doctrina No. 432. Diciembre de 2.007. Páginas 2169 a 2188

La afirmación antes mencionada no tuvo en cuenta que con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998, se expidió la Ley 689 de 2.001, que modificó la Ley 142 de 1.994. Por ser la Ley 689 de 2.001, norma posterior y especial, debe considerarse que fue esta Ley la que modificó las normas antes mencionadas de la Ley 446 de 1.998. Para entender mejor esta tesis, se transcribirán las normas de la Ley 142 de 1.994 y de la Ley 689 de 2.001 relacionadas con el tema:

El artículo 31 de la Ley 142 de 1.994, disponía:

*“ART. 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el **parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993**, y por la presente ley, salvo que la misma disponga otra cosa.*

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar previa consulta expresa que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993, y los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa

Parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal **que correspondan al giro ordinario de su objeto social**, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias a dichas actividades”. (Negrilla fuera de texto)*

B. El artículo 3 de la Ley 689 de 2.001, modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1.994, en la siguiente forma:

*“ART. TERCERO. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten 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 presente ley disponga otra cosa. Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos, de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes, y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto*

sea pertinente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993, 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.

Parágrafo: los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación en otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1.993”) ”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De la simple lectura de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se desprende, que a todos los contratos celebrados por entidades estatales que presten servicios públicos, no se les aplica el estatuto general de la contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993, salvo que en el texto del contrato se pacten cláusulas exorbitantes; y en consecuencia no se les aplica el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que es la norma que estableció la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias derivadas de contratos estatales. En consecuencia, con la expedición del artículo 3 de la Ley 689 de 2001, todos los contratos celebrados por entidades públicas que presten servicios públicos, sin tener en cuenta si están vinculados o no directamente a la prestación del servicio, no se rigen por la Ley 80 de 1.993, por lo que no se les aplica el artículo 75 de la mencionada Ley, de suerte que sus controversias pasaron a ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria civil, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, norma que atribuye a dicha jurisdicción todo asunto que no este atribuido por la Ley a otras jurisdicciones.

2. En los dos autos del Consejo de Estado antes mencionados, se sostiene que con la modificación del artículo 82 introducida por la Ley 1107 de 2.006, el criterio orgánico se aplica a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas (en el auto con ponencia del doctor Enrique Gil Botero), o solamente a las empresas de servicios públicos oficiales (en el auto con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa).

La afirmación antes mencionada no tiene en cuenta, que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, no derogó el artículo 83 del mismo Código, que las sociedades de economía mixta ya estaban incluidas en la Ley 489 de 1.998 en la estructura de la rama ejecutiva del poder público, y el parágrafo del artículo 2 de la misma Ley 1107 de 2.006, que mantuvo la vigencia en materia de competencia de la Ley 689 de 2.001, tal como se explicará a continuación:

- A. Si bien la Ley 1107 de 2.006, eliminó de la redacción del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, el adjetivo “*administrativos*”, la mencionada Ley no derogó expresamente la parte del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo que señala que la extensión del control de la jurisdicción co-bija a las entidades públicas y a las personas privadas “*que ejerzan funciones administrativas*”.
- B. La inclusión de sociedades de economía mixta con más del 50% de capital público como entidades estatales, no es en nada novedosa, en la medida que la ley 489 de 1.998, ya consagraba las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, como integrantes de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional. En efecto, en el literal f del numeral 1° del artículo 38 de la Ley 489 de 1.998, se menciona que pertenecen al sector central “*las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta*”, y en el artículo 97 de la Ley 489 de 1.998, se define la noción de sociedad de economía mixta y se menciona que cuando ésta tenga un capital público superior al 90%, se rige por el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado.
- C. El párrafo del artículo segundo de la ley 1107 de 2.006, expresamente **mantuvo la vigencia** en materia de competencia, de las leyes de servicios públicos, Leyes 142 de 1.994 y **689 de 2.001**. Por lo que, si el artículo 3 de la Ley 689 de 2.001 menciona que por regla general a los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos, **no se les aplica el Estatuto General de Contratación Estatal, Ley 80 de 1.993**, no puede en consecuencia aplicárseles el artículo 75 de la misma ley, que es la norma que le atribuye competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En las dos providencias antes mencionadas, el Consejo de Estado no realizó un análisis detenido del párrafo del artículo segundo, por lo que no precisó el alcance de la excepción establecida en el mencionado párrafo, cuya aplicación es clara de su simple lectura. En efecto, la Ley 1107 de 2.006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, establece:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1.998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

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

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

ARTÍCULO 2o. *Derogase el artículo 30 de la Ley 446 de 1.998 y las demás normas que le sean contrarias.*

PARÁGRAFO. *Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1.994, 689 de 2.001 y 712 de 2.001.*

ARTÍCULO 3o. *La presente ley tiene vigencia a partir de su promulgación”.* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

- D. No pueden asimilarse las empresas de servicios públicos mixtas a las sociedades de economía mixta, pues su reglamentación legal es muy diferente. En efecto, las sociedades de economía mixta están reguladas en el artículo 97 a 102 de la Ley 489 de 1.998, y hacen parte de la estructura de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, de conformidad con el artículo 38 de la misma ley; por el contrario, las empresas de servicios públicos mixtas están definidas en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1.994, su régimen jurídico está definido integralmente en el artículo 19 de la misma ley, en el que se señala que deben constituirse como sociedades por acciones, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 142 de 1.994, y no hacen parte de la estructura de la rama ejecutiva del poder público, por no estar enumeradas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1.998.
- E. Es de anotar, que hay cierta diferencia en el régimen jurídico de las empresas oficiales de servicios públicos (en las cuales el capital debe ser 100% público, de conformidad con el artículo 14.5 de la Ley 142 de 1.994), con las empresas de servicios públicos mixtas. En efecto, las primeras hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, de conformidad con el literal d del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1.998, mientras que las empresas de servicios públicos mixtas no hacen parte de la misma; así mismo, las empresas oficiales de servicios públicos tienen jurisdicción coactiva, para el cobro de facturas de servicios públicos, mientras que las E.S.P. mixtas no tienen jurisdicción coactiva.

CONCLUSIÓN

Aún cuando el legislador al expedir la Ley 1107 de 2.006, pretendió establecer como criterio único de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el criterio orgánico, en desmedro del criterio material, lo cierto es que el legislador no logró su objetivo, en lo relacionado con la competencia para conocer de conflictos de empresas de servicios públicos estatales (oficiales o mixtas), por cuanto no derogó la referencia a las “funciones administrativas” de que trata el artículo 83 de C.C.A. (criterio material), y que expresamente en el párrafo del artículo 2 de la misma Ley, mantuvo la vigencia de la Ley 689 de 2.001, Ley en la cual, en su artículo 3, expresamente se excluyó de la aplicación de estatuto general de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1.993, a todos los contratos celebrados por entidades estatales que presten servicios públicos, independientemente de que su finalidad este o no vinculada a la prestación del servicio, salvo que en esos contratos se incluyan cláusulas exorbitantes, por lo que debe entenderse subrogadas y derogadas parcialmente las normas de competencia previstas en los artículos 132.5 y 134B.5 del C.C.A. (modificadas por los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1.998), en lo referente a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los contratos celebrados por entidades estatales que presten servicios públicos, pues si el artículo 3 de la Ley 689 de 2.001, expresamente las excluyó de la aplicación de la Ley 80 de 1.993, en consecuencia no se les puede aplicar el artículo 75 de la Ley 80 de 1.993, norma que fue la que atribuyó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de conflictos de contratos estatales, de suerte que su competencia debe corresponder a la jurisdicción ordinaria civil, en aplicación del artículo 12 del C.P.C., razón por la cual los dos autos del Consejo de estado objeto de esta crítica, no tienen en realidad un fundamento legal claro.