



Concepto Sala de Consulta C.E. 1815 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., veintiseis (26) de abril de 2007

Radicación No. 1.815

11001-03-06-000-2007-00020-00

Referencia: Las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Su naturaleza. Su ubicación respecto de la administración pública.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Grillo Rubiano, formula a esta Sala las siguientes preguntas:

- "1. ¿Son las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, una categoría jurídica especial y autónoma dentro del ordenamiento jurídico colombiano?
- "2. ¿Son las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, una especie del género Sociedades de Economía Mixta?
- "3. ¿Pertenece a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, a la estructura del Estado? (art. 38 de la Ley 489 de 1998).
- "4. ¿Pertenece a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas al sector descentralizado? (art. 68 de la Ley 489 de 1998).
- "5. Cuando una ley se refiere a entidades estatales, entidades públicas, entidades oficiales, administración pública, ¿debe entenderse incluida y comprendida allí la figura de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta?
- "6. ¿Tiene igual significado jurídico las expresiones entidad pública, entidad oficial y entidad estatal?
- "7. Según la pregunta 6, si existe diferencia entre ellas, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas?"

La consulta transcribe el texto de los artículos 14, numerales 14.5, 14.6, y 14.7, 17, 19 y 32 de la ley 142 de 1994, y señala que con fundamento en estas disposiciones, "siempre se ha considerado que las ESP Mixtas, son Empresas sometidas al Derecho Privado, y por lo tanto, no se les ha considerado para ningún efecto como entidades estatales o públicas, sino que por el contrario, se les ha tenido como una categoría jurídica nueva y especial frente a las entidades tradicionales del Estado."

Agrega que se ha entendido también que la ley 489 de 1998 las "excluyó" de la estructura del Estado y de la administración pública, porque los artículos 38 y 68 de la ley en cita, al relacionar los organismos y entidades que integran la rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y las entidades descentralizadas, sólo incluyen "expresamente" a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales.

Menciona, con las citas correspondientes, algunos de los criterios expresados por esta Sala de Consulta, una Sala de Revisión de la Corte Constitucional, las Secciones Quinta y Tercera del Consejo de Estado y la Sala Plena de la Corte Constitucional haciendo en este caso la precisión de que se trata de un auto y no de una sentencia. Con base en ellos, explica que la disparidad de criterios genera serias dudas sobre cuál de ellas es la más adecuada y cuál debe tomarse como vigente y aplicable, en particular cuando algunas normas se refieren a "entidades estatales", "entidades públicas", "administración pública", "entidades pertenecientes a la estructura del estado" o "entidades descentralizadas", pues no se sabe si en dichos conceptos se debe considerar a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, y además, si éstas son una categoría especial y autónoma o una especie del género de sociedades de economía mixta.

Para responder la Sala CONSIDERA:

De la síntesis de la consulta formulada a la Sala por el Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se desprende claramente que existe cierta dificultad en la interpretación de las normas legales derivada de varios factores, tales como la falta de unidad en el lenguaje utilizado por el legislador, la falta de claridad doctrinaria sobre los efectos de la consagración en la ley 489 de 1998 de los tipos o

categorías de entidades públicas y, en fin, de la existencia del doble régimen legal aplicable a algunas entidades, esto es el derecho público y el derecho privado.

Para absolver la consulta, considera la Sala que debe analizar en un primer momento los criterios o elementos que utiliza el derecho para clasificar las entidades públicas, en un segundo momento, utilizando los criterios estudiados, tratará de clarificar los conceptos de estructura del Estado, entidad pública, administración pública, entidad oficial, y entidad estatal, para pasar a la problemática del derecho aplicable a las entidades, y concluir con la concreción de todos estos aspectos a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas.

I. Criterios de la clasificación de los organismos, dependencias y entidades administrativas.

Para efectos de la clasificación de las diferentes estructuras u organizaciones administrativas, la Constitución Política, la ley 489 de 1998 y en general la jurisprudencia y la doctrina, utilizan varios criterios, dentro de los cuales se estudiarán los siguientes, pues tienen relación con las preguntas que se han formulado:

1 El criterio de la persona jurídica pública: las organizaciones pueden clasificarse en aquéllas que gozan del atributo de la personalidad jurídica y las que carecen del mismo; la ley 489 de 1998 por lo general, denomina a las primeras, entidades administrativas y a las segundas, dependencias u organismos.

2 El criterio del orden al cual pertenecen, pues existen dependencias, organismos y entidades administrativas en los órdenes nacional, departamental, distrital y municipal.

3 Las entidades administrativas pueden ser constituidas por un acto unilateral o por uno de carácter corporativo o societario.

4 Desde el punto de vista del objeto o la realización de los cometidos a su cargo, la ley 489 de 1998 utiliza tres categorías: la de funciones administrativas, las de prestación de servicios públicos, y la de actividades las industriales y comerciales.

En este acápite, el concepto analizará los anteriores criterios en función de las preguntas formuladas.

A El criterio de la clasificación en personas jurídicas públicas.

Son dos los elementos necesarios para que pueda calificarse una persona jurídica con el atributo de ser *pública*: que exista una decisión política en su creación, y que para su funcionamiento, se asigne cualquier tipo de recurso valorable económicamente, como lo son el talento humano, los bienes materiales o los dineros públicos. Pasa la Sala a explicar brevemente estos dos elementos.

La creación de una persona jurídica sometida al derecho público, se adopta por la propia Constitución Política, o por el Congreso en virtud de las competencias que le entrega el artículo 150 numeral 7 de la Carta, según el cual, le corresponde "*determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; asimismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.*"

El calificativo de político para tales competencias conlleva varias connotaciones, dentro de las cuales se resaltan dos que son importantes para el concepto: la discrecionalidad en la toma de la decisión y la necesaria vinculación con los fines y cometidos Estatales.

El Legislador puede optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, siendo una de ellas la de crear o autorizar la creación de una persona jurídica de derecho público; de manera que para que pueda constituirse una entidad pública, el Congreso como órgano competente para el efecto, valora entre todas las opciones, ésta, que debe ser considerada como la óptima entre las analizadas. Además, necesariamente la definición sobre la creación de una persona jurídica pública, debe tener como finalidad la de realizar alguno de los cometidos estatales.

Es igualmente claro que la Constitución reserva estas determinaciones, que son políticas, al Congreso de la República; por eso, las personas jurídicas públicas sólo pueden ser creadas o autorizadas por la Carta o por la ley. De aquí se extrae un efecto jurídico que es esencial para este concepto y consiste en que, necesariamente, la decisión de crear o autorizar una persona jurídica pública, está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado, ni siquiera en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se aplica a los contratos que celebren algunas entidades conforme a la ley 80 de 1993.

Lo expuesto hasta ahora para las personas jurídicas del orden nacional, puede aplicarse al orden departamental o municipal, obviamente recordando que la decisión de política administrativa que adopten las asambleas o los concejos, no tiene carácter legislativo. Por mandato constitucional se ha establecido una reserva en cabeza de esas entidades administrativas para determinar la estructura de la administración territorial.

El segundo elemento que debe concurrir en una persona jurídica para que pueda tenerse como pública es el referente a la asignación de recursos para el funcionamiento de la misma. Como se expuso, estos recursos pueden ser de variada índole, pero lo que es esencial es que su fuente u origen sea público. El Estado puede aportar la totalidad de los necesarios para su funcionamiento o sólo una parte de los mismos y dejar al sector privado que participe en su financiación; sin embargo, basta con que el Estado contribuya mínimamente, para que exista una

persona jurídica de derecho público. De modo que para que una persona jurídica pueda calificarse como pública, es indiferente la proporción del aporte estatal, pues la mayor o menor proporción sirve para definir el tipo de entidad administrativa de que se trate, pero no para definir si posee o no carácter público.

Es conveniente citar el tercer inciso del artículo 97 de la ley 489 de 1998, que al definir las sociedades de economía mixta expresa que "*las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen*"; esta norma claramente se fundamenta en lo expuesto, que consiste en definir, que para que una entidad pueda ser catalogada como pública, la decisión de participar en ella debe tener íntima relación con la realización de los fines del Estado, adoptada por el legislador, las asambleas departamentales o los concejos distritales y municipales, por lo que una inversión temporal de recursos, o la obtención de acciones de una sociedad privada sin que esté acompañada de la intención de ejercer funciones Estatales a través de la misma, no le dan la condición de entidad pública.

B Los criterios de: la pertenencia a los diferentes órdenes administrativos y del carácter asociativo o unilateral.

Para efectos de este concepto, la Sala adopta la noción de *tipo* para referirse a las entidades públicas, pues considera que la utilización de este término es muy extendida en el lenguaje jurídico, ya que se habla de tipos de contratos, de sociedades mercantiles, de delitos, de penas, etc., y porque además, el término *atípico* tiene una especial connotación, como se expone enseguida. Se dejan de lado otras expresiones igualmente válidas como las de categorías, géneros, clases, etc., que aunque pueden ser sinónimas, se asume que tienen un menor valor para efectos de la explicación que se hace.

El concepto de *atipicidad* consiste en asignar algunas consecuencias jurídicas al hecho de que cierta situación concreta no encaja en el tipo definido previamente por el legislador. De esta manera, y según la materia de que se trate, la atipicidad puede ser inocua, o incluso generar efectos favorables, o por el contrario tener efectos negativos como la nulidad o incluso la inexequibilidad. A manera de ejemplos y sin pretender agotar el tema, en relación con que la atipicidad sea inocua, puede citarse que por regla general los contratos conmutativos atípicos son perfectamente válidos en virtud de la autonomía de la voluntad; puede hablarse de inexistencia de un delito si la conducta es atípica; pero las consecuencias pueden ser negativas como en la materia societaria dado que solo pueden constituirse sociedades que encajen en los tipos definidos por el código de Comercio.

Con el fin de establecer en qué casos es jurídicamente posible que haya entidades administrativas atípicas, es necesario tener en cuenta la posición que en la jerarquía normativa ocupa la norma que *crea* o *autoriza* la entidad, y la posición que en la misma jerarquía ocupa la norma que *organiza* la entidad.

Como se observa, se distingue entre la norma de *creación* o de *autorización* de una entidad, de la norma de *organización* de la misma. Con el fin de explicar esta distinción es necesario distinguir entre aquellas entidades que son creadas por acuerdo o asociación, de aquellas entidades creadas mediante un acto unilateral.

Las segundas deben ser creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que mediante normas de rango legal, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas que hay que buscar su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable, etc. Las entidades de carácter asociativo deben ser autorizadas por estas mismas normas, pero su organización se hace a través de estatutos que son acordados por los miembros que las conforman. Para este último grupo, existe campo para los estatutos, suerte de reglas convenidas entre los miembros que constituyen la entidad, las que estarán siempre por debajo de la ley de autorizaciones.

En relación con las entidades administrativas del orden nacional, en la ley 489 de 1998 aparecen los elementos y las características de los diferentes tipos o categorías que allí se estructuran. Formalmente, esta es una ley ordinaria de manera que su fuerza normativa es la de cualquier otra ley. De este aserto se desprende entonces que la ley de creación de una nueva entidad puede optar por ordenar la aplicación de las reglas de uno cualquiera de los tipos de la ley 489 de 1998, o también puede crearla en forma totalmente atípica sin ceñirse a lo dispuesto por ésta, caso en el cual la ley especial de creación y organización de determinada entidad prima sobre la general, excepcionándola para ese caso concreto. La ley 489 de 1998 se podría aplicar si hubiere vacíos normativos, según las reglas que se exponen adelante.

En relación con una ley de autorización para la creación de una entidad con carácter de asociación o de sociedad, pueden darse las mismas dos situaciones anteriores, pues puede ordenar que se organice conforme a uno de los tipos definidos por la ley 489 de 1998, caso en el cual ésta se vuelve absolutamente obligatoria, pero también puede ordenar crear una entidad atípica, por lo que los estatutos que se acuerden deberán desarrollar este mandato.

En relación con la administración territorial, la ley 489 de 1998 sólo se aplica en cuanto a las "características y régimen de las entidades descentralizadas", no siendo obligatoria en la determinación de la estructura del sector central de las entidades territoriales, que está conformado por organismos y dependencias, mas no por entidades.

De lo expuesto se desprende entonces que la fuerza normativa de las reglas que organizan los diferentes tipos de entidades administrativas consagradas en la ley 489 de 1998, es diferente dependiendo de los factores antes expuestos, por lo que es posible ordenar jerárquicamente las normas a las que está sometida una entidad administrativa de la forma siguiente:

1 En cuanto a las entidades creadas y organizadas por una ley: en primer lugar hay que atenerse a la ley de creación y organización, en segundo lugar a las normas que regulan el tipo de entidad, en tercer lugar, si hay una remisión legislativa, debe aplicarse ésta, y por último los principios generales de la administración.

2 En cuanto a las entidades organizadas como asociación en el orden nacional: en primer lugar a las normas de autorización para su creación, en segundo lugar, a las normas que regulan el tipo de entidad, (salvo que en la ley de autorización se faculte para constituir una entidad atípica), en tercer lugar al acuerdo de creación y organización de la entidad de carácter asociativo, y por último a las reglas de remisión legislativa y a los principios generales.

3 En cuanto a las entidades descentralizadas de los órdenes departamental, distrital y municipal, creadas únicamente por la ordenanza o el acuerdo, se tiene en primer lugar al tipo de entidad organizada por la ley 489 de 1998, en segundo lugar a la ordenanza o acuerdo de organización y por último a los principios generales.

4 En cuanto a las entidades descentralizadas de los órdenes departamental, distrital y municipal, de carácter asociativo o societario, se tiene en primer lugar al tipo de entidad organizada por la ley general, en segundo lugar a la ordenanza o acuerdo de creación u autorización, en tercer lugar al convenio por el que se organizó la entidad, y por último a los principios generales.

C El criterio del objeto: las funciones administrativas, la prestación de servicios públicos, y la actividad industrial, comercial y de gestión.

Otro de los variados criterios que entran en la tipificación de los organismos y entidades públicas, es el del objeto que desarrollan dichas organizaciones. Tradicionalmente se clasificaban en tan solo dos tipos, las funciones administrativas y las actividades industriales y comerciales, como acontecía en los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968. Bajo la legislación anterior, el tipo de actividad, entendidas como función administrativa o actividad industrial y comercial, determinaba el régimen jurídico prevalente del personal, de los actos y contratos, y del juez competente en caso de controversias sobre estos aspectos.

Era por demás claro, bajo la anterior Constitución, que la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado formaba parte de los monopolios que éste detentaba por el hecho de ser Estado, y por lo mismo se entendía generalmente que se trataba de funciones de carácter administrativo. Nótese que Telecom y Adpostal, así como el Instituto de Seguros Sociales fueron establecimientos públicos hasta diciembre de 1992, y las llamadas empresas de servicios públicos municipales, por lo general tenían régimen de establecimientos públicos. También era pacífico aceptar que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realizaban actividades que en principio estaban encomendadas a los particulares, pero que el Estado también desarrollaba para obtener unos ciertos resultados económicos, sociales o de fomento.

La Constitución actualmente vigente consagró una regulación especial para la actividad prestacional de la administración, generalmente conocida como de servicios públicos, que no es fácil encajar ni dentro de las funciones administrativas ni tampoco dentro de las industriales y comerciales, máxime que buena parte de ellos fueron desregularizados, pasando de ser monopolio estatal a un régimen en el que se permite la competencia con los particulares. Considera la Sala que es entonces necesario efectuar unas referencias mínimas sobre este particular, con el fin de explicar la división tripartita desde el punto de vista del objeto de las entidades descentralizadas, a saber:

- En primer lugar, los servicios públicos son *inherentes a la finalidad social del Estado* en las voces del artículo 365 de la Carta. Las actividades destinadas a la solución de las necesidades insatisfechas en salud, educación saneamiento ambiental y agua potable constituyen un objetivo fundamental del Estado, y el gasto social necesario para prestarlas tiene prioridad sobre los demás.

- En segundo lugar, los servicios públicos estarán siempre sometidos al régimen que determine la ley. Este régimen es común a todos los prestadores de los mismos, sean entidades públicas o empresarios particulares. Esta especialidad, y el hecho de que la Constitución y la ley permitieran que el sector privado compitiera con el público, difícilmente permiten calificarlo como de privado o público. En materia de servicios públicos la frontera entre ambos derechos está fuertemente desdibujada.

- En tercer lugar, los servicios públicos pueden ser prestados bajo tres regímenes diferentes, de monopolio Estatal como *arbitrio rentístico*, de monopolio por *reserva de ley*, o bajo un *régimen de competencia*. Esto último implica que son prestados directa o indirectamente por el Estado, por las comunidades organizadas y por los particulares.

- En último lugar, los servicios públicos domiciliarios son una categoría especial de servicios públicos, regulados especialmente por la Carta en los artículos 367 a 370, reglamentados especialmente por la ley 142 de 1994 y demás normas que la adicionan y reforman, prestados bajo un régimen de libre empresa en el que compiten el Estado, las comunidades organizadas y los particulares.

De estos sencillos enunciados se aprecia que en la actualidad no es posible encajar la actividad prestacional del Estado en las definiciones de función administrativa o de actividad industrial y comercial, de manera que la prestación de servicios públicos posee un régimen especial, que en los casos en que el Estado compite con los particulares, les es común a ambos.

De lo expuesto se deduce también que es totalmente justificada la división tripartita que trae la ley 489 de 1998 de los objetos o cometidos que desarrollan las entidades públicas, en funciones administrativas, prestación de servicios públicos y actividades industriales y comerciales, advirtiendo que en una entidad pueden coincidir los de variado género.

II. Las definiciones de estructura del Estado, entidad pública, administración pública, sector descentralizado, entidad oficial, y entidad estatal

Hasta ahora se ha ocupado la Sala de exponer algunos de los elementos utilizados por la ley para estructurar los diferentes tipos de entidades. Como en la solicitud de consulta se averigua por el alcance de las expresiones, estructura del Estado, entidad pública, administración pública, entidad oficial, y entidad estatal, procede a ocuparse de éstos términos, no sin antes recordar que no existe homogeneidad en el uso del

lenguaje por parte del legislador y por lo mismo el significado de los términos utilizados en las diferentes leyes no siempre es unívoco. A pesar

de lo anterior, se buscará obtener unas definiciones que sirvan de parámetro a las respuestas que se darán adelante.

La expresión *estructura del Estado* aparece en la Constitución Política como título del capítulo 1° del Título V que se ocupa de la organización del Estado. El artículo 113 contiene la enumeración de los *órganos* que lo conforman, que son las tres ramas del poder mas los autónomos e independientes, todos ellos constituidos para el cumplimiento de las funciones propias del Estado. Esta noción incluye entonces todas las estructuras burocráticas encargadas de cumplir todas las funciones del Estado, como la legislativa, la ejecutiva, la judicial, y las demás, que tendrán carácter administrativo.

La ley 489 de 1998 utiliza el término *entidad* en dos sentidos, el uno como sinónimo de cualquier estructura administrativa, con o sin personalidad jurídica, como por ejemplo en el artículo 14 cuyo título dice *Delegación entre entidades públicas*, y el otro como sinónimo de persona jurídica de derecho público, que son la mayoría de las veces, por oposición a los *organismos* o *dependencias* que son estructuras administrativas que forman parte de la Nación, los departamentos o los municipios. Al no existir una definición legal propiamente tal, en las diferentes leyes y normas en que se utiliza esta expresión, debe buscarse por el intérprete su significado, pese a lo cual, estima la Sala que debe utilizarse el término entidad pública como sinónimo de persona jurídica de derecho público.

La misma ley 489 de 1998, se refiere a la *administración pública*, en su artículo 39, como el conjunto de "*organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.*" En esta definición se incluyen los *organismos* que forman parte de la rama ejecutiva, esto es aquellas estructuras carentes de personalidad jurídica, además de las entidades públicas que ejerzan una de dos tipos de funciones, las administrativas y las de servicios públicos del Estado.

De este breve resumen concluye la Sala que cuando la ley 489 de 1998 engloba dentro de la administración pública los *organismos* y *entidades... que tienen a su cargo ...la prestación de servicios públicos del Estado colombiano*, es perfectamente claro que cobija las estructuras administrativas que carecen de personalidad jurídica y conforman la Nación pues habla de los *organismos*, y de las que tienen este atributo, dado que se refiere a *entidades*, en ambos casos siempre y cuando presten servicios públicos. Es necesario insistir en que el hecho de que los organismos y entidades públicos compitan con los particulares bajo un mismo régimen especial, en el suministro de los servicios públicos, no transforma aquellos órganos en sujetos privados, pues como se ha expuesto, son entidades públicas las personas jurídicas creadas o autorizadas por la ley, la ordenanza o el acuerdo, con algún tipo de aporte de recursos estatales. Por esta razón, la ley 489 de 1998 las engloba en la administración pública en el artículo 39 que se comenta.

Ahora bien, se inquiera también por la explicación del término *sector descentralizado* que es sinónimo de *entidades descentralizadas*, según la manera como es utilizado por el párrafo 2° del artículo 68 de la ley 489 de 1998. El citado artículo engloba bajo esta expresión *los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica autonomía administrativa y patrimonio propio.* En relación con el tema de las entidades públicas que prestan servicios públicos, se pueden aplicar a la presente norma los razonamientos expuestos al interpretar el artículo 39 del mismo estatuto, de suerte que la conclusión es igual para las empresas de servicios públicos domiciliarios llamadas mixtas.

El Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública indaga por el sentido de la expresión *entidad oficial*. La Sala ha constatado que no existe una definición legal, y que por lo general tal locución es utilizada por el legislador para dar a entender cualquier organismo o entidad que cumpla alguna función pública, de manera que englobaría las tres ramas del poder, los órganos autónomos o independientes de origen constitucional, y todos los organismos y entidades de las entidades territoriales. Advierte la Sala que en cada caso particular habrá de revisarse cuidadosamente el texto legal, para desentrañar el sentido de esta locución.

Por último la consulta pregunta por la fórmula *entidad estatal*, acerca de la cual existe una definición legal en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en su artículo 2 literal b, sobre el que se pueden efectuar los siguientes comentarios a manera de resumen:

- ante todo, esta definición legal está limitada a *los solos efectos* de la ley citada, restringiéndola a la contratación pública;
- se anota que la enumeración que elabora abarca los *organismos* y *dependencias* carentes de personalidad jurídica con competencia para celebrar contratos, y todas las personas jurídicas públicas incluyendo la Nación y todas las demás entidades públicas;
- agrega esta norma en su párrafo, que se incluyen las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene entonces como finalidad al definir la expresión *entidades estatales*, la de determinar su ámbito orgánico de aplicación, de manera que debe tomarse como una norma especial frente a la general contenida en ley 489 de 1998.

En la interpretación de otras leyes en las que se utilice la expresión entidad estatal, debe tenerse en consideración si dicha ley es anterior o posterior a la ley 80 de 1993, pues en el primer caso habrá que determinar, por los otros medios de interpretación, el significado de la locución, pero si es posterior, debe entonces entenderse como entidad estatal la que trae el artículo 2° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

III. La aplicación del derecho público y del derecho privado a las entidades públicas

Ante la complejidad de las nuevas realidades económicas, políticas y jurídicas, la vieja dicotomía entre derecho público y derecho privado, que respondía a las funciones que desempeñaran las entidades públicas, se ha desdibujado totalmente en la misma ley, la que pretende responder a esas nuevas situaciones sociales.

Cuando se estudian con cierto nivel de detalle las diferentes entidades públicas, se encuentra que el derecho aplicable no es uno solo, y que por lo general hay que distinguir múltiples aspectos o elementos que las conforman, con el fin de poder determinar para cada uno de estos, cuáles son las normas que los regulan. Sin pretender hacer una enumeración completa, pueden separarse al menos los siguientes aspectos en una entidad, para efectos de la definición del derecho aplicable: el acto de creación o autorización, el de la organización (que puede ser el mismo anterior), el régimen de sus actos, el de sus contratos, el del personal, el de sus bienes y dineros. Pasa la Sala a describir brevemente estos aspectos.

El derecho aplicable al acto de creación o de autorización. En cuanto al acto de creación o de autorización de la entidad, se entiende que debe estar contenido en una norma de rango legal, o en una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, actos jurídicos que obviamente están sometidos al derecho público. La definición de la estructura de la administración es una competencia reservada al legislador, a las asambleas y a los concejos. No puede argumentarse que cuando una entidad pública se "rige por el derecho privado" en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puede crear o constituir libremente filiales, fundaciones etc. Siempre la definición sobre la estructura de la administración será una decisión política, que es de competencia del Congreso, las asambleas o concejos, y por lo mismo siempre estará sometido al derecho público.

El derecho de la organización. El acto o conjunto de actos por los que se organiza la persona jurídica, llamado por la doctrina derecho de la organización, puede estar regido por el derecho público o por el privado. Ejemplo de los primeros son los establecimientos públicos, pues son organizados directamente por la ley, y de los segundos una sociedad de economía mixta, que son constituidas "bajo la forma de sociedades comerciales." Hace notar la Sala que la expresión transcrita del artículo 97 de la ley 489 de 1998 es exacta, y se refiere a la forma de su constitución, sin que pueda extenderse a otros campos de esta entidad como el de la autorización para su creación.

El régimen aplicable a los actos y su actividad: Por lo general, si la función de la entidad es administrativa, el régimen de los actos es el público, y si la actividad es industrial y comercial, será el privado. Sin embargo, cuando la actividad es de servicios públicos, habrá que revisar en cada caso concreto el régimen de éstos. A manera de ejemplo, la ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, ordena aplicar el derecho privado en el artículo 32 a sus actos. En relación con la actividad, es necesario hacer una especial referencia al régimen de la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas incluyendo las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, pues según el artículo 1 de la ley 1107 de 2006, esta es de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa y por lo mismo se fallará según las reglas del derecho público.

El régimen de los contratos: En relación con los contratos de las entidades públicas, es necesario anotar que por lo general ellas encajan en la definición que trae la ley 80 de 1993 de entidades estatales, de manera que se aplica ésta ley. Sin embargo, existen normas que excluyen su aplicación total o parcial a ciertas entidades, por lo que es necesario revisar en cada caso si existe tal excepción, que obviamente debe ser expresa.

El régimen del personal: En las entidades cuya función es administrativa, la regla general consiste en que los servidores públicos que allí laboran son empleados públicos y, por excepción, pueden ser trabajadores oficiales, mientras que en las que desarrollan actividades industriales comerciales la regla es la contraria. No existe norma general sobre los servidores de las entidades públicas que presten servicios públicos. En cuanto a los domiciliarios, el artículo 41 de la ley 142 de 1994 dice:

"Artículo 41.- Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en [el inciso primero del] artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968."

El régimen de sus bienes: Por lo general, los bienes de propiedad de las entidades públicas están conformados por bienes fiscales o de uso público. Existen ciertos casos en los que se presentan regulaciones especiales para algunas entidades o tipos de bienes, las cuales pueden excepcionar la regla general antes expuesta.

El régimen presupuestal: Si bien los dineros públicos son un tipo de bienes, el manejo de éstos está sometido a las normas de presupuesto. Por excepción, se aplica el decreto 115 de 1996, que contiene el régimen presupuestal de las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta que se asimilan a esas empresas, siempre que no desarrollen actividades financieras.

La conclusión que se desprende de la enumeración anterior, que obviamente no pretende ser exhaustiva es la siguiente: clasificar las entidades por su naturaleza pública o privada, y de allí desprender automáticamente el régimen público o privado aplicable, es un ejercicio vacío de contenido, por lo que es necesario hacer un análisis en cada entidad de los diferentes aspectos, para poder determinar las normas que las rigen.

Realizado lo anterior, procede la Sala a aplicar lo expuesto a las empresas de servicios públicos domiciliarios y en forma especial a las llamadas mixtas.

IV. Las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas

El artículo 15 de la ley 142 de 1994 define los sujetos que pueden prestar los servicios públicos domiciliarios, en estos términos:

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

15.1. Las empresas de servicios públicos.

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

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

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

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

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

De la simple lectura de la enumeración aparece en primer lugar que varios de los prestadores tiene el carácter de entidades públicas, tales los municipios, las entidades descentralizadas conforme al artículo 17 de la misma ley, y las entidades autorizadas en los períodos de transición.

El artículo 14 clasifica las empresas de servicios públicos en tres grupos, a saber: las oficiales, las mixtas y las privadas. Esta clasificación se hace teniendo en cuenta la propiedad del capital social, de manera que serán oficiales aquellas en que pertenezca íntegramente a la Nación o a otras entidades públicas, serán mixtas aquellas en las que éste sea de propiedad pública en un 50% o mas, y serán privadas aquellas en las que el capital público sea minoritario. Es conveniente anotar que también se entienden como privadas aquellas en las que la totalidad del capital pertenezca a particulares.

Aplicando lo expuesto en los tres acápite anteriores a las empresas de servicios públicos mixtas, es claro que son entidades públicas, pues en ellas participa el Estado, previa una decisión contenida en una ley, ordenanza o acuerdo, con una parte del capital de la misma, que debe ser igual o superior a la mitad. Para la Sala es igualmente claro que las llamadas privadas, en las que confluya la voluntad pública de participar en ellas con aportes de recursos del Estado y los particulares, también entran en esta clasificación genérica de entidades públicas.

Las citadas empresas hacen parte también del concepto de administración pública del artículo 39 de la ley 489 de 1998, pues son *entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo... la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano*.

Encajan igualmente en la definición de *entidades descentralizadas* contenida en el artículo 68 de la misma ley, puesto que son "*entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea... la prestación de servicios públicos... con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio*."

En relación con el derecho aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, encuentra la Sala que es necesario tomar los diferentes aspectos analizados en el punto anterior, de la siguiente forma:

- El derecho aplicable al acto de creación o autorización: es claro que por tratarse de actos que afectan la estructura de la administración nacional, o territorial, es necesario que se encuentren en una ley, ordenanza o acuerdo, y por lo mismo se rigen por el derecho público.

- El derecho de la organización: las empresas mixtas se constituyen por asociación de personas públicas y privadas, por lo que deben existir estatutos acordados entre los miembros. De acuerdo con el artículo 17 de la ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin distinción, son sociedades por acciones, de manera que el régimen aplicable, en cuanto al derecho de la corporación, es el de la ley 142 de 1994 como norma especial, más el de las sociedades anónimas del código de Comercio.

- El régimen aplicable a los actos y su actividad: De acuerdo en el artículo 32 de la ley 142 de 1994, en principio se rigen por el derecho privado, "salvo lo que la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente en contrario." Estas reglas se aplican sin consideración a la proporción en que las entidades públicas participen en el capital de las empresas.

- El régimen de los contratos: Según las voces del artículo 3° de la ley 689 de 2001, que subrogó el 31 de la ley 142 de 1994, los contratos de las empresas no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo las excepciones que ella misma consagra. Bajo ésta hipótesis, estas empresas no pueden definirse como entidades estatales para los efectos de la aplicación del citado estatuto.

- El régimen del objeto que desarrollan: Es claro que el régimen del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas es el de estos servicios, contenido primordialmente en la ley 142 de 1994.

- El régimen del personal: A las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, de carácter mixto, se les aplica, como regla general el Código Sustantivo del Trabajo, salvo las excepciones de ley.

públicos, generalmente clasificados como de uso público y fiscales. Debe tenerse en cuenta a las leyes sobre servicios públicos domiciliarios contienen variadas reglas que modifican las normas generales, como por ejemplo en materia de redes de servicios públicos, etc.

Para terminar, la Sala se ocupa de definir si las empresas de servicios públicos mixtas "son una especie del género sociedades de economía mixta", según inquiriere la consulta. Para efectuar el correspondiente análisis, se transcribe el artículo 97 de la ley 489 de 1998, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...)

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado."

De la definición transcrita se desprende que para que se configure una sociedad de economía mixta se requieren, entre otros dos requisitos: que su actividad sea considerada como industrial y comercial y que esté sometida al derecho privado. Las empresas de servicios públicos no cumplen con éstos, pues en la actualidad no es posible encajar la actividad prestacional del Estado en las definiciones de función administrativa o de actividad industrial y comercial, de manera que la prestación de servicios públicos posee un régimen especial. Por lo tanto, las empresas de servicios públicos mixtas, no pueden ser tenidas como empresas industriales y comerciales del Estado y tampoco este tipo legal puede servir como de remisión para llenar los vacíos legales.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

"1. ¿Son las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, una categoría jurídica especial y autónoma dentro del ordenamiento jurídico colombiano?

Las empresas de servicios públicos mixtas son entidades públicas, que hacen parte de la administración pública, clasificadas como entidades descentralizadas, que prestan servicios públicos, sometidas al régimen jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios y demás reglas esbozadas en las consideraciones de éste concepto.

"2. ¿Son las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, una especie del género Sociedades de Economía Mixta?

Dado que los elementos que conforman las empresas de servicios públicos mixtas no encajan en los que constituyen el tipo de las sociedades de economía mixta definidas por la ley 489 de 1998, no puede predicarse que aquellas sean una especie de estas.

"3. ¿Pertenece las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, a la estructura del Estado? (art. 38 de la Ley 489 de 1998).

Dado que las empresas de servicios públicos mixtas forman parte de la administración pública, también hacen parte de la estructura del Estado.

"4. ¿Pertenece las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas al sector descentralizado? (art. 68 de la Ley 489 de 1998).

Efectivamente, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas encajan dentro de la definición contenida en el artículo 68 de la ley 489 de 1998 de entidades descentralizadas, denominado *sector descentralizado* por el parágrafo segundo de éste artículo.

"5. Cuando una ley se refiere a entidades estatales, entidades públicas, entidades oficiales, administración pública, ¿debe entenderse incluida y comprendida allí la figura de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta?

Como se dijo al responder la primera pregunta, las empresas de servicios públicos mixtas son entidades públicas y forman parte de la administración pública. En tanto la expresión *entidades estatales* se utilice para definir el campo de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y como éste en principio, no se aplica a las empresas de servicios públicos, no puede entenderse que hagan parte de tal clasificación. En la medida en que la expresión *entidades oficiales*, que carece de definición legal, sea utilizada como sinónimo de *entidades públicas*, o de *administración pública*, las empresas de servicios públicos mixtas encajan dentro de tal locución.

"6. ¿Tiene igual significado jurídico las expresiones entidad pública, entidad oficial y entidad estatal?

"7. Según la pregunta 6, si existe diferencia entre ellas, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas?"

No necesariamente las anteriores locuciones son sinónimas, y dependiendo del texto legal pueden tener o no el mismo significado. La expresión entidad pública es generalmente utilizada por la ley 489 de 1998 para englobar las personas jurídicas públicas, y la expresión entidad oficial, en variadas leyes tiene el mismo significado. La ley 80 de 1993, consagra la definición de entidades estatales para la determinación del campo de aplicación de este estatuto, aunque es posible que otras leyes la utilicen como sinónimo de entidades públicas. En cada caso concreto habrá que hacer el análisis correspondiente.

Transcribese al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE
Presidente de la Sala
LUIS F. ALVAREZ JARAMILLO
LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala
NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
GUSTAVO E. APONTE SANTOS

1 Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"; Diario Oficial No. 41.433, julio 11/94. Las normas que transcribe la consulta establecen: la clasificación de las empresas de servicios públicos domiciliarios en oficiales, mixtas y privadas; su naturaleza de sociedades por acciones; su régimen jurídico y en lo no regulado remite a las reglas del código de Comercio para las sociedades anónimas; el régimen de derecho privado para su constitución, sus actos y contratos, salvo norma constitucional o legal en contrario.

2 El presente concepto utiliza, la expresión persona jurídica como el gran género dentro del cual encajan las de derecho público y las de derecho privado, en vez de la noción de entidad, que es un concepto típico del derecho administrativo.

3 Si bien no es tema de la consulta, anota la Sala que estos mismos principios constitucionales se aplican para la creación de órganos o entidades administrativas sin personalidad jurídica.

4 Artículo 300 numeral 7 de la Constitución Política.

5 Artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política.

6 Ver nota 3.

7 Artículos 2° y 39, ley 489 de 1998.

8 Decreto Ley 1050 de 1968, "Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional", Arts. 1,3,4,5,6.

9 Decreto Ley 3130 de 1968, "Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional".

10 En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional expidió el 29 de diciembre de 1992, para TELECOM el decreto 2123 y para ADPOSTAL el decreto 2124; y el 30 de los mismos mes y año, el decreto 2148, para el Instituto de Seguros Sociales, por los cuales ordenó la transformación de los tres establecimientos públicos en empresas industriales y comerciales del Estado.

11 Artículo 365 Constitución Política.

12 Artículo 336 Constitución Política.

13 Artículo 365 inciso 2 Constitución Política.

14 *Ibidem*.

15 Artículo 10 ley 142 de 1994.

16 Literal b) del numeral 2 del artículo 2° de la ley 80 de 1993.

17 Literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la ley 80 de 1993.

18 Ver la interpretación que de ésta ley hace el auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha febrero 8 de 2007, radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903). Ponente: Dr. Enrique Gil.

19 Decreto ley 3135 de 1968, (Diciembre 26), "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.", Art. 5º: "Empleados públicos y trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos."

20 Ley 142 de 1994, Art.41. La expresión entre corchetes fue declarada inexecutable por la sentencia C-253 de 1996

21 Decreto 115 de 1996, "Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no

22 Exequible, mediante Sentencia C-741-03 (26 de agosto), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, "... en el entendido de que tales organizaciones también podrán competir en otras zonas y áreas siempre que cumplan las condiciones establecidas en la ley".

23 El segundo inciso no se transcribe pues fue declarado inconstitucional. Sentencia C-953 de 1999.

24 En sentido contrario, ver el auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha febrero 8 de 2007, radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903). Ponente: Dr. Enrique Gil.

Fecha y hora de creación: 2024-12-13 07:47:28