**EMPRESAS DE SERVICIOS - Mixtas y privadas - Naturaleza**

Para efectos de determinar la competencia, interesa precisar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los intervinientes en el Tribunal de Arbitramento, pues solo así es posible establecer si el laudo arbitral fue proferido en una controversia generada en torno a un contrato estatal, es decir, un contrato celebrado por una entidad de esta misma naturaleza. La parte convocante fue el consorcio COSACOL CONFURCA, integrado por COSA COLOMBIA SAS –COSACOL SAS-, sociedad mercantil de carácter privado y por CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA –CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA-, que es una sucursal de la sociedad que lleva el mismo nombre, cuyo domicilio principal se halla en Ojeda (Venezuela).La parte convocada fue la Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. –TRANSORIENTE S.A. E.S.P.- (hoy Promioriente S.A. E.S.P.), la cual, según la certificación del 29 de agosto del presente año (fls. 895 a 931, C. Consejo 2), remitida a este proceso por su representante legal, es una sociedad anónima por acciones –empresa de servicios públicos-, cuyo objeto principal es la prestación “… de la actividad de transporte de gas natural, la cual es complementaria al servicio público domiciliario de gas combustible …” (fl. 895, C. Consejo 2).Dicha empresa de servicios públicos, según consta en la misma certificación, es de naturaleza privada, debido a que su capital accionario pertenece mayoritariamente a particulares; en efecto, la única participación estatal en la composición accionaria de la empresa es la que ostenta la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., que equivale al 6,7262301% del 100%. La restante participación es de sociedades de carácter privado. Lo anterior significa que la controversia fue trabada entre sociedades mercantiles de carácter privado (convocantes) y una empresa prestadora de servicios públicos privada (convocada), en los términos del artículo 14.7 de la ley 142 de 1994.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso Extraordinario de anulación - Jurisdicción y competencia - Empresas de servicios - Mixtas y privadas**

En relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer del recurso de anulación cuando el laudo arbitral que se impugna se origina en la controversia suscitada en contratos celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios, se han suscitado importantes debates jurídicos que han dado lugar a dos posiciones jurisprudenciales. La primera sostiene que dichas empresas, cualquiera sea su composición accionaria, hacen parte de la estructura del Estado y, la segunda, que no son parte de ésta cuando el capital privado es mayoritario; así, la primera tesis sostiene que sí es competente esta jurisdicción para conocer de los recursos extraordinarios de anulación que se presenten en relación con laudos arbitrales en los que intervengan prestadoras de servicios públicos, cualquiera sea su naturaleza, mientras que la segunda, que es la que actualmente sostiene la Sala, afirma que no es competente cuando el capital estatal sea inferior al 50%.

**COMPETENCIA - Empresas de servicios - Mixtas o privadas - Tesis** **- Desarrollo**

Primera tesis.- Conforme a lo previsto en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el numeral 5 del artículo 36 de la ley 446 de 1998, en armonía con el artículo 162 del decreto 1818 de 1998), norma que se hallaba vigente para la fecha en que fue tramitado el proceso arbitral que dio origen al laudo recurrido, el Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Con la expedición de la ley 1107 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., se fijó la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa decidiendo que ésta se halla instituida para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas.La Sala, al adelantar el análisis de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, sostuvo reiteradamente que son entidades estatales que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, independientemente del porcentaje de participación o monto del capital social aportado por el Estado, posición ésta que, según la jurisprudencia de la época, guardaba armonía con lo que señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-935 de 1999, al ejercer el control de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 97 de la ley 489 de 1998.También dijo la Sala que el solo hecho de que una entidad estatal estuviera regida por el derecho común no determinaba que su naturaleza jurídica fuera privada, puesto que, con ese criterio, las sociedades de economía mixta convencionales serían de derecho común, lo cual resultaba equivocado, porque desconocería la potestad que tiene el legislador de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que cambie su naturaleza de entidad pública, y que aún puede asignar regímenes diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, cuando haya justificación para ello. Sobre el tema, se debe precisar que el artículo 32 de la ley 142 de 1994 sometió al régimen del derecho común a todas las empresas de servicios públicos, incluidas aquellas sociedades en que hiciera parte el Estado sin atender el porcentaje de sus aportes en el capital social y, por ende, comprende a todas las empresas definidas por el artículo 14 (numerales 14.5, 14.6 y 14.7) de la citada ley, sin que de ello determine que la naturaleza de dichas empresas sea privada. Así lo entendió la Sala por algún período, con fundamento en la sentencia C-736 de 2007, la cual, al efectuar el control de constitucionalidad de los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la ley 142 de 1994 y del literal d) del artículo 38 de la ley 489 de 1998, determinó que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, independientemente del porcentaje de participación público que, en el capital social, tenga la empresa. Así, incluso las empresas de servicios públicos con capital estatal inferior al 50%, según los términos del artículo 14 (numeral 14.7) de la citada ley 142 de 1994, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público y son entidades descentralizadas; por ende, sus contratos son estatales, al margen del régimen jurídico que les resultara aplicable. La Corte concluyó, igualmente, que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, son una categoría jurídica nueva de entidad pública descentralizada autónoma de tipología especial y no una especie de sociedad de economía mixta, precisión que, para efectos de la competencia jurisdiccional, tuvo importantes incidencias en términos de lo prescrito por la ley 1107 de 2006, puesto que el conocimiento, por parte de esta jurisdicción, de las controversias de estas entidades proviene, directamente, de la naturaleza de estatal que éstas detentan y no del porcentaje de participación estatal. Segunda tesis (posición actual de la Sala).-Posteriormente, la Sala de la Sección Tercera adelantó un nuevo examen sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en cuyo capital social, la participación de aportes estatales fuera inferior al 50% y llegó a una conclusión diferente en relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer de los conflictos suscitados en relación con los contratos celebrados por dichas empresas. El análisis partió del alcance que tenía la sentencia C- 736 de 2007, para luego examinar la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios y la naturaleza de los contratos celebrados por dichas empresas. Sostuvo la Sala que las consideraciones expuestas en la referida sentencia C- 736 en torno a la naturaleza jurídica de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto “no resultan vinculantes”, pues hacen parte de la obiter dicta de la sentencia y no de la ratio decidendi. Enseguida, se refirió a la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios y afirmó que solo cuando los aportes del Estado estuvieran en un porcentaje igual o mayor al 50% podían considerarse como tales, esto es, como mixtas, según lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, numerales 14.6 y 14.7. ..De acuerdo con lo anterior y atendiendo los efectos que se derivan del decisum de la referida sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, en los términos expresa y precisamente definidos en los transcritos apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, únicamente podrán tenerse como empresas de servicios públicos mixtas aquellas en cuyo capital los aportes de origen estatal sean iguales o superiores al 50%, mientras que deberán tenerse como empresas de servicios públicos privadas aquellas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a particulares”…Sobre la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala consideró que a la luz de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por regla general, estos contratos no están sometidos al régimen previsto en el Estatuto de Contratación del Estado, a menos que la ley disponga otra cosa y, adicionalmente, que todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, entre ellas las de carácter mixto, “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. “Finalmente, la Sala se refirió concretamente a la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios y arribó a la siguiente conclusión: De acuerdo con lo anterior y en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puede concluir que esta jurisdicción es competente para conocer de aquellos que hubieren sido celebrados por las empresas oficiales y por empresas mixtas en las cuales el capital social sea mayoritariamente público; por el contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de todos los contratos celebrados por las empresas con participación pública inferior al 50% o por las empresas privadas, salvo que se trate de contratos que incluyan cláusulas excepcionales. En suma, son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias de contratos celebrados por las empresas de servicios públicos oficiales (numeral 14.5), cuyo capital sea totalmente estatal y por las empresas de servicios públicos mixtas (numeral 14.6), cuyo capital estatal sea del 50% o más; en cambio, son de conocimiento de la justicia ordinaria los celebrados por las empresas de servicios públicos privadas, es decir, aquellas que tengan aportes de capital perteneciente mayoritariamente a particulares o netamente privado, al tenor de la definición contenida en el numeral 14.7 del artículo 14, de la ley 142 de 1994, salvo que el contrato tenga incluidas cláusulas excepcionales al derecho común.El despacho acoge la segunda tesis, porque la encuentra razonada y ajustada a los preceptos de la ley 142 de 1994 y del entonces vigente Código Contencioso Administrativo y no ve motivo para replantearla. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, como ninguna de las empresas vinculadas al proceso arbitral tenía ni tiene la condición de empresa prestadora de servicios públicos con capital estatal igual o superior al 50% y el *“contrato derivado de la aceptación de la oferta mercantil de servicio 2”* (fls. 37 a 102, C. de Pruebas 2), celebrado el 1º de septiembre de 2009 entre la mencionada sociedad (parte convocada) y Cosa Colombia S.A.S. –COSACOL S.A.S.- Constructora Hermanos Furnaletto Compañía Anónima –sucursal Colombia- CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA (parte convocante) no incluía cláusulas excepcionales al derecho común, no es competente el Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación, sino que lo es la jurisdicción ordinaria, específicamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Civil), en los términos del artículo 161 del decreto 1818 de 1998.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN 1TERCERA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-032-60-002-014-00100-00(51697)**

**Actor: TRANSPORTADORA DE GAS DEL ORIENTE S.A. E.S.P.**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Encontrándose el expediente al despacho, para elaborar la ponencia que resolvería el recurso de anulación interpuesto el 7 de julio de 2014[[1]](#footnote-1) por Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. –TRANSORIENTE-, contra el laudo arbitral del 18 de junio de 2014 y el auto del 1º de julio del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas con ocasión del *“contrato derivado de la aceptación de la oferta mercantil de servicio 2”* (fls. 37 a 102, C. de Pruebas 2), celebrado el 1º de septiembre de 2009 entre la mencionada sociedad (parte convocada) y Cosa Colombia S.A.S. –COSACOL S.A.S.- Constructora Hermanos Furnaletto Compañía Anónima –sucursal Colombia- CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA (parte convocante), se advierte que no corresponde a esta Corporación conocer del asunto.

**I. ANTECEDENTES.-**

1.- Mediante escrito presentado el 28 de marzo de 2012[[2]](#footnote-2) ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el consorcio COSACOL CONFURCA, integrado por COSA COLOMBIA SAS –COSACOL SAS- y por CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA –CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA- solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para obtener la declaración de incumplimiento del contrato de construcción del gasoducto Gibraltar – Bucaramanga, la declaración atinente al incumplimiento de la obligación precontractual de informar el tipo de suelo sobre el cual se construiría el gasoducto y la consecuencial condena a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento (ver folios 1 a 3, C. Principal 1).

2.- El trámite arbitral culminó con el laudo proferido el 18 de junio de 2014 (fls. 1 a 472, C. Consejo 1), el cual fue aclarado y corregido por auto del 1º de julio de 2014 (fls. 504 a 521, C. Consejo 1).

3.- El 7 de julio de 2014[[3]](#footnote-3), la parte convocada interpuso recurso extraordinario de anulación contra el mencionado laudo y contra el auto que lo aclaró y lo corrigió.

4.- Mediante auto del 18 de noviembre de 2014, esta Corporación avocó el conocimiento del recurso extraordinario de anulación y negó la solicitud de suspensión de los efectos del laudo arbitral (fls. 540 y 541, C. Consejo 1) y, contra esta última decisión, la parte recurrente interpuso recurso de reposición 543 a 556, C. Consejo 1) que fue resuelto, accediendo a la suspensión de los efectos del laudo, por auto del 29 de septiembre de 2015 (fls. 592, C. Consejo 2).

Por su lado, la parte no recurrente pidió declarar desierto el recurso extraordinario, solicitud que fue negada mediante auto de la misma fecha (29 de septiembre de 2015) (fls. 600 y 601, C. Consejo 2)

5.- Contra el auto que se abstuvo de declarar desierto el recurso extraordinario, el consorcio COSACOL – CONFURCA interpuso recurso de reposición y respecto del que repuso la solicitud de la medida cautelar solicitó la aclaración; no obstante, con posterioridad desistió de dichas peticiones, todo lo cual fue resuelto mediante auto del 3 de febrero de 2016 (fls. 681 y 682, C. Consejo 2).

6.- Mediante auto del 2 de diciembre de 2016, el despacho ordenó correr traslado individual y sucesivo por cinco (5) días al recurrente, para que sustentara su recurso, y a la parte no recurrente y al Ministerio Público, para que presentaran sus alegatos de conclusión.

7.- Mediante auto del 8 de agosto de 2017, cuando el expediente se hallaba al despacho para elaborar el proyecto de sentencia que resolvería el recurso extraordinario, se ordenó oficiar a Transoriente S.A. E.S.P., para que certificara su naturaleza jurídica y el porcentaje de participación estatal en su composición accionaria.

8.- La respuesta al requerimiento fue allegada el 29 de agosto del presente año.

**II CONSIDERACIONES.-**

Para efectos de determinar la competencia, interesa precisar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los intervinientes en el Tribunal de Arbitramento, pues solo así es posible establecer si el laudo arbitral fue proferido en una controversia generada en torno a un contrato estatal, es decir, un contrato celebrado por una entidad de esta misma naturaleza.

La parte convocante fue el consorcio COSACOL CONFURCA[[4]](#footnote-4), integrado por COSA COLOMBIA SAS –COSACOL SAS-, sociedad mercantil de carácter privado[[5]](#footnote-5) y por CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA –CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA-[[6]](#footnote-6), que es una sucursal de la sociedad que lleva el mismo nombre, cuyo domicilio principal se halla en Ojeda (Venezuela).

La parte convocada fue la Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. –TRANSORIENTE S.A. E.S.P.- (hoy Promioriente S.A. E.S.P.), la cual, según la certificación del 29 de agosto del presente año (fls. 895 a 931, C. Consejo 2), remitida a este proceso por su representante legal, es una sociedad anónima por acciones –empresa de servicios públicos-, cuyo objeto principal es la prestación *“… de la actividad de transporte de gas natural, la cual es complementaria al servicio público domiciliario de gas combustible …”* (fl. 895, C. Consejo 2).

Dicha empresa de servicios públicos, según consta en la misma certificación, es de **naturaleza privada, debido a que su capital accionario pertenece mayoritamente a particulares;** en efecto, la única participación estatal en la composición accionaria de la empresa es la que ostenta la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., que equivale al 6,7262301% del 100%. La restante participación es de sociedades de carácter privado.

Lo anterior significa que la controversia fue trabada entre sociedades mercantiles de carácter privado (convocantes) y una empresa prestadora de servicios públicos privada (convocada), en los términos del artículo 14.7 de la ley 142 de 1994 que dice:

“Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

En relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer del recurso de anulación cuando el laudo arbitral que se impugna se origina en la controversia suscitada en contratos celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios, se han suscitado importantes debates jurídicos que han dado lugar a dos posiciones jurisprudenciales.

La primera sostiene que dichas empresas, cualquiera sea su composición accionaria, hacen parte de la estructura del Estado y, la segunda, que no son parte de ésta cuando el capital privado es mayoritario; así, la primera tesis sostiene que sí es competente esta jurisdicción para conocer de los recursos extraordinarios de anulación que se presenten en relación con laudos arbitrales en los que intervengan prestadoras de servicios públicos, cualquiera sea su naturaleza, mientras que la segunda, que es la que actualmente sostiene la Sala, afirma que no es competente cuando el capital estatal sea inferior al 50%.

**Primera tesis.-**

Conforme a lo previsto en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el numeral 5 del artículo 36 de la ley 446 de 1998, en armonía con el artículo 162 del decreto 1818 de 1998), norma que se hallaba vigente para la fecha en que fue tramitado el proceso arbitral que dio origen al laudo recurrido[[7]](#footnote-7), el Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Con la expedición de la ley 1107 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A.[[8]](#footnote-8), se fijó la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa decidiendo que ésta se halla instituida para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas.

La Sala, al adelantar el análisis de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, sostuvo reiteradamente[[9]](#footnote-9) que son entidades estatales que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público[[10]](#footnote-10), independientemente del porcentaje de participación o monto del capital social aportado por el Estado, posición ésta que, según la jurisprudencia de la época, guardaba armonía con lo que señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-935 de 1999[[11]](#footnote-11), al ejercer el control de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 97 de la ley 489 de 1998.

También dijo la Sala[[12]](#footnote-12) que el solo hecho de que una entidad estatal estuviera regida por el derecho común no determinaba que su naturaleza jurídica fuera privada, puesto que, con ese criterio, las sociedades de economía mixta convencionales serían de derecho común, lo cual resultaba equivocado, porque desconocería la potestad que tiene el legislador de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que cambie su naturaleza de entidad pública, y que aún puede asignar regímenes diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, cuando haya justificación para ello.

Sobre el tema, se debe precisar que el artículo 32 de la ley 142 de 1994 sometió al régimen del derecho común a todas las empresas de servicios públicos, incluidas aquellas sociedades en que hiciera parte el Estado sin atender el porcentaje de sus aportes en el capital social y, por ende, comprende a todas las empresas definidas por el artículo 14 (numerales 14.5, 14.6 y 14.7) de la citada ley, sin que de ello determine que la naturaleza de dichas empresas sea privada.

Así lo entendió la Sala por algún período, con fundamento en la sentencia C-736 de 2007[[13]](#footnote-13), la cual, al efectuar el control de constitucionalidad de los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la ley 142 de 1994 y del literal d) del artículo 38 de la ley 489 de 1998, determinó que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, independientemente del porcentaje de participación público que, en el capital social, tenga la empresa. Así, incluso las empresas de servicios públicos con capital estatal inferior al 50%, según los términos del artículo 14 (numeral 14.7) de la citada ley 142 de 1994, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público y son entidades descentralizadas; por ende, sus contratos son estatales, al margen del régimen jurídico que les resultara aplicable.

La Corte[[14]](#footnote-14) concluyó, igualmente, que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, son una categoría jurídica nueva de entidad pública descentralizada autónoma de tipología especial y no una especie de sociedad de economía mixta, precisión que, para efectos de la competencia jurisdiccional, tuvo importantes incidencias en términos de lo prescrito por la ley 1107 de 2006, puesto que el conocimiento, por parte de esta jurisdicción, de las controversias de estas entidades proviene, directamente, de la naturaleza de estatal que éstas detentan y no del porcentaje de participación estatal[[15]](#footnote-15).

**Segunda tesis (posición actual de la Sala)**.-

Posteriormente, la Sala de la Sección Tercera adelantó un nuevo examen sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en cuyo capital social, la participación de aportes estatales fuera inferior al 50% y llegó a una conclusión diferente en relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para conocer de los conflictos suscitados en relación con los contratos celebrados por dichas empresas.

El análisis partió del alcance que tenía la sentencia C- 736 de 2007, para luego examinar la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios y la naturaleza de los contratos celebrados por dichas empresas[[16]](#footnote-16).

Sostuvo la Sala que las consideraciones expuestas en la referida sentencia C- 736 en torno a la naturaleza jurídica de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto “*no resultan vinculantes*”, pues hacen parte de la obiter dicta de la sentencia y no de la ratio decidendi[[17]](#footnote-17).

Enseguida, se refirió a la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios y afirmó que solo cuando los aportes del Estado estuvieran en un porcentaje igual o mayor al 50% podían considerarse como tales, esto es, como mixtas, según lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, numerales 14.6 y 14.7. Así discurrió (se transcribe como aparece en la providencia en cita)[[18]](#footnote-18):

“Ahora bien, en cuanto los apartados 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994, como ya se ha reseñado, fueron declarados exequibles sin condicionamiento alguno por la Corte Constitucional, decisión que tiene efectos de la cosa juzgada constitucional con carácter erga omnes, naturalmente no será posible seguir predicando la excepción de inconstitucionalidad del numeral 14.6 referido en la aludida sentencia de esta Corporación con radicado 29.703 de marzo 2 de 2006.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo los efectos que se derivan del decisum de la referida sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, en los términos expresa y precisamente definidos en los transcritos apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, únicamente podrán tenerse como **empresas de servicios públicos mixtas** aquellas en cuyo capital los aportes de origen estatal sean iguales o superiores al 50%, mientras que deberán tenerse como **empresas de servicios públicos privadas** aquellas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a particulares” (subrayado no es del texto).

Sobre la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala consideró que a la luz de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por regla general, estos contratos no están sometidos al régimen previsto en el Estatuto de Contratación del Estado, a menos que la ley disponga otra cosa y, adicionalmente, que todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, entre ellas las de carácter mixto, *“se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”*

Finalmente, la Sala se refirió concretamente a la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios y arribó a la siguiente conclusión:

“De acuerdo con lo anterior y en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puede concluir que esta jurisdicción es competente para conocer de aquellos que hubieren sido celebrados por las empresas oficiales y por empresas mixtas en las cuales el capital social sea mayoritariamente público; por el contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de todos los contratos celebrados por las empresas con participación pública inferior al 50% o por las empresas privadas, salvo que se trate de contratos que incluyan cláusulas excepcionales”[[19]](#footnote-19).

En suma, son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias de contratos celebrados por las empresas de servicios públicos oficiales (numeral 14.5)[[20]](#footnote-20), cuyo capital sea totalmente estatal y por las empresas de servicios públicos mixtas (numeral 14.6)[[21]](#footnote-21), cuyo capital estatal sea del 50% o más; en cambio, son de conocimiento de la justicia ordinaria los celebrados por las empresas de servicios públicos privadas, es decir, aquellas que tengan aportes de capital perteneciente mayoritariamente a particulares o netamente privado, al tenor de la definición contenida en el numeral 14.7[[22]](#footnote-22) del artículo 14, de la ley 142 de 1994, salvo que el contrato tenga incluidas cláusulas excepcionales al derecho común.

El despacho acoge la segunda tesis, porque la encuentra razonada y ajustada a los preceptos de la ley 142 de 1994 y del entonces vigente Código Contencioso Administrativo y no ve motivo para replantearla.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, como ninguna de las empresas vinculadas al proceso arbitral tenía ni tiene la condición de empresa prestadora de servicios públicos con capital estatal igual o superior al 50% y el *“contrato derivado de la aceptación de la oferta mercantil de servicio 2”* (fls. 37 a 102, C. de Pruebas 2), celebrado el 1º de septiembre de 2009 entre la mencionada sociedad (parte convocada) y Cosa Colombia S.A.S. –COSACOL S.A.S.- Constructora Hermanos Furnaletto Compañía Anónima –sucursal Colombia- CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA (parte convocante) no incluía cláusulas excepcionales al derecho común, no es competente el Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación, sino que lo es la jurisdicción ordinaria, específicamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Civil), en los términos del artículo 161 del decreto 1818 de 1998.

Por lo anterior, se declarará la falta de jurisdicción para conocer del recurso extraordinario de anulación y se ordenará la remisión inmediata del expediente al Tribunal acabado de mencionar, con la advertencia de que lo actuado hasta este momento conserva validez.

En mérito de lo expuesto, se

**R E S U E L V E:**

**Primero.- DECLÁRASE** que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto por Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. –TRANSORIENTE-, contra el laudo arbitral del 18 de junio de 2014 y el auto del 1º de julio del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas del *“contrato derivado de la aceptación de la oferta mercantil de servicio 2”* (fls. 37 a 102, C. de Pruebas 2), celebrado el 1º de septiembre de 2009 entre la mencionada sociedad (parte convocada) y Cosa Colombia S.A.S. –COSACOL S.A.S.- Constructora Hermanos Furnaletto Compañía Anónima –sucursal Colombia- CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA (parte convocante).

**Segundo.-** Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** el expediente en forma inmediata al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Civil-, para que decida el recurso extraordinario, con la advertencia de que lo actuado hasta este momento conserva validez.

**Tercero.-** Comuníquese esta decisión al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

**Cuarto.-** Háganse las desanotaciones que correspondan.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Así lo certificó el Secretario del Tribunal de Arbitramento, por solicitud que hecha por el despacho del Consejo Sustanciador (Folio 535, Cd. Consejo 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 1 a 43, Cd. Principal 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. La fecha de interposición fue certificada por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, por solicitud que hiciera este despacho. [↑](#footnote-ref-3)
4. Constituido por acuerdo consorcial del 27 de mayo de 2009 (fls. 2 a 14, C. Pruebas 1). [↑](#footnote-ref-4)
5. Según se deprende del certificado de existencia y representación legal (fls. 50 a 53 C. Principal 1). [↑](#footnote-ref-5)
6. Sucursal de la sociedad Constructora Hermanos Furlanetto con domicilio en Ojeda (Venezuela), según se desprende del certificado de existencia y representación legal que obra a folios 54 y 55, C. Principal 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. En providencia de unificación del 6 de junio de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera consideró que, a partir de la lectura del artículo 119 de la ley 1563 de 2012, se deduce que “los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012”.

   La demanda arbitral fue presentada el 28 de marzo de 2012 (fls. 1 a 3, C. Ppal. 1), fecha en la cual aún no había entrado a regir la ley 1563 de 2012, de modo que las normas aplicables al proceso arbitral fueron las previstas en el decreto compilatorio 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-7)
8. “Artículo 1º: ‘El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará 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 Tribunal es 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’". [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver Sentencias del 27 de abril de 2006 (exp. 30.096) y del 2 de marzo de 2006 (exp. 32302) y auto del 8 de febrero de 2007 (exp. 30.903). [↑](#footnote-ref-9)
10. En sentencia del 2 de marzo de 2006 (exp. 32.302), al referirse al artículo 68 de la ley 489 de 1998, norma que relacionó las entidades descentralizadas del Estado, precisó:

    “…no solo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los artículos 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD (sic) mixta. [↑](#footnote-ref-10)
11. En la sentencia C-935 de 1999, la Corte Constitucional sostuvo (se transcribe como aparece en el texto de la providencia):

    “Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, (sic) tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna (sic) que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares (…)

    “La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea ‘del Estado’ o de propiedad de ‘particulares’ sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada ‘mixta’, por el artículo 150, numeral 7º (sic) de la Constitución.

    “De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 2 de marzo de 2006 (exp. 32.302) y del 21 de mayo de 2008 (exp.33.643). [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia C-736 de 2007. [↑](#footnote-ref-14)
15. La tesis que se ha expuesto fue acogida, entre otras providencias, en auto del 12 de diciembre de 2007 (33.645) y en las sentencias del 27 de marzo de 2008 (exp. 33.644 y 33645), del 21 de mayo de 2008, exp. (33.643) y de 18 de junio de 2008 (exp. 34.543). [↑](#footnote-ref-15)
16. Auto de 3 de diciembre de 2008, exp. 34.745. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibídem. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibídem. [↑](#footnote-ref-18)
19. Auto del 3 de diciembre de 2008, ya citado. [↑](#footnote-ref-19)
20. “**14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.” [↑](#footnote-ref-20)
21. “**14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.” [↑](#footnote-ref-21)
22. “**14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA.** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.” [↑](#footnote-ref-22)