**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza especial**

[…] las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política. El hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos y privados no la convierte en sociedad de economía mixta, pues las empresas de servicios públicos tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES- Poderes exorbitantes**

Las cláusulas excepcionales son facultades propias de las entidades estatales que están sometidas al EGCAP y se regulan en sus artículos 14 y ss. Son aquellos llamados poderes exorbitantes frente al derecho común y que solo pueden ser ejercidas cuando la ley expresamente lo autorice. La Ley 142 de 1994, como quedó visto, faculta a las empresas prestadoras de servicios públicos para incluirlas en ciertos tipos de contratos y ejercerlas, ya sea porque así lo decide la Comisión de Regulación o a petición de los mismos en los términos de la disposición transcrita.

Bogotá D.C., 01 de enero de 2023



Señor

**ARNULFO MENESES VILLAMARIN**

asesor.derechoglobal@gmail.com

Ciudad

**Concepto C – 968 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza especial / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Operadores autorizados / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado /CLAUSULAS EXPCIONALES |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20221221012396. |

Estimado señor Meneses:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta remitida el 20 de noviembre de 2022.

**1. Problema planteado**

De acuerdo con la solicitud, usted realiza la siguiente pregunta:

«¿Pueden las empresas de servicios públicos de carácter oficial o mixto pactar en sus

contratos las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación

y modificaciones unilaterales y de caducidad y reversión previstas en la Ley 80 de1993?»

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

 En atención a lo anterior, esta Subdirección -dentro de los límites de su competencia- responderá su consulta, pata lo cual se analizará los siguientes temas: i) Naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, ii) Régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, iii) Cláusulas excepcionales

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre las definiciones para la correcta aplicación e interpretación del régimen de servicios públicos domiciliarios en los conceptos 4201912000004354 –radicado de salida 2201913000006639– del 9 de septiembre de 2019 y 4201913000007243 –radicado de salida 2201913000008999– del 5 de diciembre de 2019 y C-307 de 18 de junio de 2021. Así mismo, se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los Conceptos C-027 del 23 de enero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-157 del 16 de marzo de 2020, el C-147 del 17 de marzo de 2020, C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril de 2020, C-362 del 3 de julio de 2020, C-462 del 24 de julio de 2020, C-718 del 17 de diciembre de 2020, C-053 del 9 de marzo de 2021, C-072 del 16 de marzo de 2021, C-077 del 16 de marzo de 2021, C-218 del 14 de mayo de 2021 y C-699 del 6 de enero de 2022

 Las tesis desarrolladas en aquellas oportunidades se exponen a continuación y se complementan con algunos argumentos.

**2.1. Naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

Esta Agencia reiterará la postura sostenida en los conceptos 4201912000004354 –radicado de salida 2201913000006639– del 9 de septiembre de 2019, 4201913000007243 – radicado de salida 2201913000008999– del 5 de diciembre de 2019 y C-699 de 6 de enero de 2022. Así, sea lo primero precisar que el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 contiene las definiciones para la correcta aplicación e interpretación del régimen de servicios públicos domiciliarios. Esta norma define las Empresas de Servicios Públicos Oficial, la mixta y la privada, en los siguientes términos:

«[…]

* 1. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.
	2. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.
	3. 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».

A su turno, el artículo 17 de la ley citada señala que «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley». De otro lado, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 determina la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y en su literal d) señala que las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pertenecen a las entidades de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios. El artículo 68 de esta ley, al listar las entidades descentralizadas del orden nacional, se refirió únicamente a las empresas oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las que la participación del Estado es del 100%[[2]](#footnote-3).

Lo anterior llevó a pensar que el legislador había excluido de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixta –capital público superior al 50%– y las privadas –capital público inferior al 50%–. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que tanto las empresas de servicios públicos mixta como las privadas hacían parte de la Rama Ejecutiva, toda vez que el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dice: «g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público».

La Corte Constitucional, además de señalar la pertenencia a la Rama Ejecutiva de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, también sostuvo que se trataba de entidades descentralizadas por servicios, en los términos del artículo 68 de la Ley 489 de 1998:

«Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. […]

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

[…]

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “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.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad»[[3]](#footnote-4).

En esta providencia también se hace una aclaración que resulta importante: las empresas prestadoras de servicios públicos, de carácter mixto no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta. La anterior conclusión fue fundamentada sobre la idea del carácter o naturaleza especial que la Constitución le dio a las Empresas de Servicios Públicos:

«No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar 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, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

[…]

Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta»[[4]](#footnote-5).

 Así las cosas, es impreciso afirmar que existen empresas de servicios públicos, cuya naturaleza jurídica es de sociedad de economía mixta, toda vez que, como quedó visto, las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política. El hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos y privados no la convierte en sociedad de economía mixta, pues las empresas de servicios públicos tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

**2.2. Régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[5]](#footnote-6). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución dispone lo siguiente:

«Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita».

Con base en este presupuesto constitucional de liberalización de los servicios públicos domiciliarios el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 15 *ibídem* enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[6]](#footnote-7).

Ahora bien, en lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[7]](#footnote-8).

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[8]](#footnote-9). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado, entre otras cosas, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, y sometida al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[9]](#footnote-10).

Ahora bien, de conformidad con lo arriba expuesto, las empresas de servicios públicos domiciliarios, aun aquellas que sean estatales, por regla general, no están sujetas a las disposiciones del EGCAP, por cuanto, en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, sus actos y contratos se rigen únicamente por las normas del derecho privado. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado[[10]](#footnote-11):

«[E]l régimen colombiano de los servicios públicos domiciliarios busca garantizar la libre iniciativa y competencia [...]. y garantizar la igualdad todas las prestadoras de tales servicios. Para ello, resulta indispensable que se defina un régimen único de contratación el cual, en atención al esquema de libre competencia en el que se prestan los servicios públicos domiciliarios, debe ser preponderantemente ius privatista, como lo ha venido manifestando esta Corporación desde la sentencia de 23 de septiembre de 1997»[[11]](#footnote-12).

La Sala Plena de la Sección Tercera ha definido los siguientes aspectos generales del régimen contractual de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios:

'a) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo a aquellos que tienen la calidad de entidades estatales, se rigen por las reglas del derecho privado y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo disposiciones que así lo indican, para el efecto: los contratos en los que se utilizan cláusulas exorbitantes autorizadas por las Comisiones de Regulación, así como los contratos mediante los cuales los entes territoriales trasladan la prestación directamente o en razón de la disolución o liquidación de empresas estatales encargadas de hacerlo -arts. 31 y 32-.

b) Las normas contractuales establecidas para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo las del derecho privado, se interpretarán –se destaca- '[...]. de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante [...].; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios' (art. 30), esto es, con sujeción a los principios de libre competencia y eficiencia económica [...]..

Sin embargo, la Sala Plena de la Sección Tercera precisó que el régimen contractual especial de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios 'no excluye la aplicación de los principios constitucionales que rigen la actividad de las entidades públicas, sino que debe acompasarse en todo aquello que no desvirtúe su naturaleza y régimen jurídico'. Por lo tanto, el desarrollo de sus actividades, lo que comprende tanto sus actos como sus contratos, 'se sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en cuanto compatibles con su naturaleza y régimen, al tenor de lo dispuesto en los artículos 209 constitucional, 2, 3 y 39 de la Ley 489 de 1998'»[[12]](#footnote-13).

Específicamente el Consejo de Estado manifestó[[13]](#footnote-14):

«El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos. Legislador que, a través de la Ley 142 de 1994, decidió someter a un régimen privado (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Así, los artículos 32 y 31 de la Ley 142 de 1994, establecieron un régimen de derecho privado para los actos, los cuales 'se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado', y los contratos, que 'no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...].

Ahora bien, la propia Ley 142 de 1994, al disciplinar la materia, decidió reservar un reducto de derecho público. Así, de la mano de otras disposiciones consagradas en la misma ley [...], el propio artículo 31 reservó la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 a los actos y contratos donde se utilicen cláusulas exorbitantes, cuya inclusión puede convertirse en obligatoria, para ciertos contratos, por consideración de las comisiones de regulación, o facultativa, para otros, previa consulta expresa por parte de las propias empresas prestadoras [...]»

En consecuencia, las empresas de servicios públicos, por regla general, tienen un régimen de derecho privado; sin embargo, la Ley 142 de 1994 en su artículo 31 estableció que las Comisiones de Regulación podían hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos, y además facultar a los prestadores de servicios, previa consulta expresa por parte de estos, la inclusión de cláusulas en los demás tipos de contratos. La norma en comento es del siguiente tenor:

**«Artículo 31. Régimen de la contratación.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

Las cláusulas excepcionales son facultades propias de las entidades estatales que están sometidas al EGCAP y se regulan en sus artículos 14 y ss. Son aquellos llamados poderes exorbitantes frente al derecho común y que solo pueden ser ejercidas cuando la ley expresamente lo autorice. La Ley 142 de 1994, como quedó visto, faculta a las empresas prestadoras de servicios públicos para incluirlas en ciertos tipos de contratos y ejercerlas, ya sea porque así lo decide la Comisión de Regulación o a petición de los mismos en los términos de la disposición transcrita.

No obstante, como lo ha señalado también la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando la inclusión de las cláusulas excepcionales resultare obligatoria (o en los que se solicite su inclusión a la respectiva comisión de regulación), lo que sucede es que todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, pero no convierte el contrato en una convención regida por el Estatuto Contractual. En efecto:

«[N]o resulta cierto […] que, al tratarse de un contrato de obra, de la mano del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la citada Resolución 293 de 2004, se convirtiera en un contrato regido por el Estatuto Contractual, pues, entre otras consideraciones, bastará con recordar que en los contratos en los que la inclusión de las cláusulas resultare obligatoria (o en los que se solicite su inclusión a la respectiva comisión de regulación), lo que ocurre, es que 'todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993'; esto es, el que la inclusión resulte forzosa, no convierte al contrato en una convención regida por el Estatuto Contractual, pues este solo rige lo relativo a las cláusulas. Por ello, no resulta de recibo el haberle dado la calificación de contrato estatal gobernado por el derecho público, a un contrato que, en realidad, desde la lectura adecuada de las normas especiales que lo norman, se rige por el derecho privado».[[14]](#footnote-15)

Por consiguiente, incluso en el evento en que una empresa de servicios públicos domiciliarios incluya cláusulas excepcionales en un contrato, este no se rige por el derecho público, sino que continuará rigiéndose por el derecho privado y la aplicación de la Ley 80 de 1993 será solo en lo que corresponda al ejercicio de dichas cláusulas.

**3. Respuesta**

«¿Pueden las empresas de servicios públicos de carácter oficial o mixto pactar en sus

contratos las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación

y modificaciones unilaterales y de caducidad y reversión previstas en la Ley 80 de1993?»

Como se mencionó, las empresas de servicios públicos domiciliarios, aun aquellas que sean estatales, por regla general, no están sujetas a las disposiciones del EGCAP, por cuanto, en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, sus actos y contratos se rigen únicamente por las normas del derecho privado.

Sin embargo, la propia Ley 142 en su artículo 31 estableció que los contratos a que se refiere la misma no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que ella disponga otra cosa y que las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos y, además, facultó a los prestadores de servicios, previa consulta expresa por parte de estos, la inclusión de dichas cláusulas en los contratos.

No obstante, como lo ha señalado también la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando la inclusión de las cláusulas excepcionales resultare obligatoria (o en los que se solicite su inclusión a la respectiva comisión de regulación), lo que sucede es que todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, pero no convierte el contrato en una convención regida por el Estatuto Contractual.

Por consiguiente, incluso en el evento en que una empresa de servicios públicos domiciliarios introduzca cláusulas excepcionales como por ejemplo en un contrato de obra, este no se rige por el derecho público, sino que continuará rigiéndose por el derecho privado y la aplicación de la Ley 80 de 1993 será solo en lo que corresponda al ejercicio de dichas cláusulas.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | María Valeska Medellín Mora Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Martha Alicia Romero VargasGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 489 de 1998: «Artículo 68: Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, 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. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas». [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ibíd. [↑](#footnote-ref-5)
5. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados. »

Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

»Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena» (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-6)
6. En efecto, dicho artículo establece: «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». [↑](#footnote-ref-7)
7. Así lo establece la norma: «Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

»La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

»Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares». [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta norma dispone: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 8 de junio de 2018, exp. N° 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120). M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-11)
11. Nota original: «Radicación número: S-701». [↑](#footnote-ref-12)
12. Cita textual: «CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación número 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP)». [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 19 de junio de 2019, exp. N° 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800). M.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ídem. [↑](#footnote-ref-15)