

**NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE
ECONOMÍA MIXTA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN
COLOMBIA**

**ELABORADO POR
VALERIA GAMBOA
SARA MORENO**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ABOGADAS DE LA UNIVERSIDAD EAFIT**

**ASESOR
CRISTIAN ANDRÉS DIAZ DIEZ**



ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

JUSTIFICACIÓN

Es importante desarrollar el tema de cuál es la naturaleza y régimen jurídico aplicable de las sociedades de economía mixta del sector de las telecomunicaciones en Colombia, pues como se mencionaba en la introducción, existen diversas disposiciones normativas, jurisprudenciales y posiciones de la doctrina sobre ello, pero no hay un consenso entre las mismas, es decir, no se cuenta con parámetros claros referentes a cuál es la naturaleza de estas sociedades y su régimen jurídico. Por ello, vemos que en la realidad estas sociedades, se rigen por las normas que consideren más convenientes para ellas, viendo así entonces que en la práctica se está dejando a discrecionalidad de las sociedades de economía mixta del sector de las telecomunicaciones, la aplicación de las normas y los preceptos de la jurisprudencia.

Así las cosas, es fundamental y necesario que se determine la naturaleza y el régimen jurídico de estas empresas para así establecer los lineamientos a seguir, que se verán entonces reflejados en una propuesta de solución. Estamos firmemente seguras de que el estudio de esta problemática no solo es importante para el país, - pues, como bien lo decíamos, con tantas normas y disposiciones jurisprudenciales que existen sobre el tema pero tan contradictorias entre sí, el común denominador de dichas empresas es aplicar aquellos preceptos que sean más favorables, y necesitamos con urgencia encontrar un punto de partida sobre cuál es su regulación,- sino también para la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, dado que es un tema que nunca ha encontrado un punto medio; que si bien se ha tratado de estudiar y de regularizar, no se ha logrado a satisfacción y consideramos que, el presentar una propuesta de solución que contenga las disposiciones de la materia, es un precedente sumamente interesante que estaríamos dejándole a la Escuela para que así mismo sea replicado a los futuros estudiantes.

Para nosotras es importante desarrollar este tema, dado que durante la práctica estudiantil pudimos evidenciar esta gran problemática. Pudimos también identificar que estas sociedades de economía mixta del sector de las telecomunicaciones aplican las normas más favorables para el desarrollo de su objeto social y esto es producto de esa gran confusión y vacíos normativos que tenemos dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Es un tema supremamente importante para el país y consideramos que la aplicación de estas normas antes que generar desconfianza, deben crear un ambiente de seguridad a la hora de su aplicación, y ya es hora de regular esta materia en una propuesta normativa que nos logre solucionar en todo o en parte esta problemática, que al menos sea un punto de partida para desatar el nudo producto de la contradicción de normas.

PALABRAS CLAVES

Desmonopolización, liberación, régimen y naturaleza jurídica, sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, empresa de telecomunicaciones, servicios públicos, servicios públicos domiciliarios, empresa de servicios públicos, huida del derecho administrativo al derecho privado.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. Capítulo I La huida del Derecho administrativo

1.1. Concepto

1.2. Manifestaciones de la huida del Derecho administrativo en la prestación de los servicios públicos

2. Capítulo II Las telecomunicaciones como servicios públicos en Colombia

2.1. Noción servicio público.

2.2. Noción servicio público en Colombia.

2.2.1. Servicio público domiciliario.

2.2.2. Servicio público no domiciliario.

2.3. Las Telecomunicaciones como servicio público.

3. Capítulo II Sociedad de Economía Mixta como prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones en Colombia

3.1. Naturaleza jurídica.

3.2. Régimen jurídico.

3.2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

3.2.2. Actos.

3.2.3. Contratos.

3.2.4. Régimen laboral.

3.2.5. Juez competente.

3.2.6. Controles.

4. Conclusiones

5. Referencias bibliográficas

INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo de esta monografía, se pretende responder la pregunta de cuál es la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta del sector de las telecomunicaciones en Colombia. Esto, con el fin de establecer aquellos lineamientos a los que deben ceñirse estas empresas referentes a sus actos, contratos, juez competente, naturaleza jurídica, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entes de control y régimen laboral de los empleados de dichas compañías.

Para poder acercarse a la respuesta del problema central, se buscarán fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales del ordenamiento jurídico colombiano con el fin de determinar las disposiciones que le son aplicables a estas sociedades y mostrar aquellos mandatos que entran en contradicción con estas y que, a lo largo de la historia del país, han sido un gran obstáculo para el desarrollo adecuado del objeto social de estas empresas.

Para dar respuesta a la pregunta planteada en esta monografía, se abordará en primer lugar, el concepto de la “huida del derecho administrativo”. Posteriormente, se considera pertinente dar un breve repaso por las distintas doctrinas, a nivel mundial, que se han encargado de explicar la noción de servicio público, para luego explicar detalladamente la noción de este concepto dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Una vez, teniendo esto claro, se procederá a categorizar al servicio de las telecomunicaciones como un servicio público.

Por último, se abordarán conceptos claves que ayudarán a un mejor entendimiento de la materia. Por lo tanto, se mostrarán aspectos importantes sobre la naturaleza y régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones. Para luego, delimitar cuál es la naturaleza y el régimen jurídico de estas sociedad.

CAPÍTULO I LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En principio, es importante detenerse un poco en lo que se ha denominado como “huida del derecho administrativo”. Cabe anotar que, si bien este fenómeno se ha presentado en diversos sistemas jurídicos en el mundo, es un acontecer jurídico positivo advertido y denunciado por la doctrina española. Haciendo entonces un ejercicio de Derecho Comparado con el sistema jurídico ibérico, cuando se evidenciaron las primeras manifestaciones de la huida del derecho en España, lo primero que se debe precisar es que pareciese que el nombre de este fenómeno fuese equívoco, pues lo esencial que se debería indicar siempre en este tema es en qué aspectos se está huyendo, hacia dónde se huye y qué queda del derecho administrativo después de esa huida. Una de las definiciones que más se han utilizado para explicar este fenómeno es la del profesor Villar Palasí ya que se refiere a él como:

Escapar de todo un ordenamiento, huir de la legislación, de contratos del Estado, del Ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control de personal, enajenación de bienes, creación de sociedades filiales o cambio de participaciones con empresas en competencia y, en general a la evolución con plenitud de flexibilidad en mercado competitivo cada vez mayor. (como se citó en Suárez, 2010, p.83).

Por su parte, existen además otro tipo de denominaciones a este fenómeno, que se han referido a este como la “huida hacia el derecho privado” o “huida de la administración hacia el derecho privado”. Si bien este fenómeno ha tenido distintos apelativos, en últimas todos son claros en mostrar que, alude a esa huida del derecho administrativo, y ahí es donde muchos se preguntan qué cosas propias del derecho administrativo son las que se están evadiendo.

Caracterizando un poco al derecho administrativo y basándose en una aproximación conceptual francesa, se dice que este subsistema jurídico se caracteriza por contener una serie de principios y reglas derogatorias de derecho común. Según Jean Rivero (2002), pareciese que la administración tuviese un poder superior sobre los particulares, pero al mismo tiempo, este “poder” trae consigo sujetas unas reglas que hacen menos libre el ejercicio de la voluntad de la Administración.

Dicho esto, se puede establecer que el objeto del derecho administrativo es la Administración pública en sentido material y subjetivo y que, tal derecho se caracteriza por tener una serie de principios y de garantías, pero a su vez también contempla una serie de limitaciones que no le permiten actuar libremente. Esto último es importante señalarlo, pues precisamente la renuncia que hace el derecho público en el sistema jurídico ibérico consiste en que se ha utilizado el derecho privado en ejercicio de la administración pública para burlarse de los principios, como lo son el de objetividad, transparencia y libre concurrencia en materia de contratación e instrumentar técnicas y formas propias de este derecho privado.

Sin embargo, es pertinente señalar que en este subsistema jurídico español, la Administración pública ha experimentado desde siempre una presencia marcada del derecho privado, lo cual se aprecia con mucha normalidad. Es por esto, entonces, que se dice que el derecho administrativo no es ni un derecho exclusivo ni excluyente de otras ramas del derecho que lo puedan complementar. Allí, es perfectamente posible que en el desarrollo de alguna actividad que sea propia de la Administración pública, exista una suerte de interpretación del derecho privado o que, dentro de un mismo acto coexistan estos dos subsistemas jurídicos; el privado y el público. No obstante, hay un punto en especial que ha sido reprochado, en algunas ocasiones, por la doctrina española y es lo que respecta en estricto sentido la huida del derecho administrativo, ya

que para la doctrina española no deben ser comprensivas de este fenómeno las siguientes situaciones:

1. Cuando ciertos servicios, funciones y actividades que eran prestadas por las entidades estatales pasan a ser prestadas por particulares o a compartirlas, dado que simplemente se trata de una especie de *descentralización por colaboración* en la cual los particulares desarrollan funciones públicas.
2. Cuando entidades que eran propiedad exclusiva del Estado pasan total o parcialmente a ser propiedad de particulares y allí se estaría en el evento de una *privatización institucional*.
3. Cuando se adoptan formas exclusivas de derecho común, por parte de la administración pública o la aplicación del derecho privada a entidades públicas para aquellas entidades que están dentro de un mercado de competencia.

La doctrina española está un poco dividida acerca de este fenómeno. Hay quienes cuestionan la validez del uso del derecho privado en las actividades y prestaciones propias de la Administración pública, mientras que hay otro sector que no encuentra reproche alguno sobre este. Por un lado, tenemos a los juristas Parada Vásquez (1992) y Del Saz Cordero (1992) quienes afirman que a la Administración no se le puede dar la libertad de elegir formas jurídicas para su uso, pues indican que en el sistema jurídico español existe una especie de reserva constitucional de derecho administrativo y esto es lo que hace impensable el uso de formas, técnicas y mecanismos de derecho privado. Además, estos juristas expresan que el permitir el uso de categorías propias del derecho privado en la función pública supondría la puesta en peligro del Estado de Derecho, ya que el régimen de derecho privado, debido a su naturaleza, es incapaz de salvaguardar los principios y garantías mismas de la Constitución. Señalan también

que, si la adopción de las técnicas del derecho privado tiene como fin agilizar los procesos de la Administración pública, esto debería hacerse no por medio de la adopción de las formas propias del derecho privado sino a través de una reforma del derecho administrativo.

Por otro lado, se encuentran aquellos juristas que apoyan la idea de la huida del derecho, como es el caso del jurista Laguna de Paz (1995), quien asegura que si bien el derecho civil contiene mecanismos y procedimientos mucho más cortos que los propios del derecho administrativo, el uso de aquel debe ser una solución excepcional, justificada en cada caso, esto es, la huida del derecho administrativo al derecho privado en el caso en que se requiera, debe ser válidamente justificada, velando siempre por el interés general y por los principios constitucionales. El profesor Villar Palasí (1995) señala que el uso del derecho privado es perfectamente válido y legítimo en aquellos escenarios en donde la Administración desarrolla actividades de gestión económica, es decir, aquellas funciones de la Administración dirigidas a la producción de bienes o prestación de servicios que están enmarcadas en un modelo económico del mercado, en donde el Estado actúa más como un agente del mercado que como un Estado propiamente dicho.

Ahora bien, luego de ver un poco el fenómeno ya mencionado desde su comportamiento dentro del sistema jurídico español, es conveniente estudiarlo en el ordenamiento jurídico colombiano. Para Suárez, la huida del derecho administrativo tiene sus primeros orígenes en:

La década de los setenta y ochenta del siglo XX, donde aparece el Estado Mínimo-Subsidiado, el cual consistía en la limitación de las funciones de la administración por medio de la desregularización, desmonopolización y privatización de actividades a cargo del Estado; con el fin de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo

aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos, entre estas las telecomunicaciones. Para ello el Estado debería únicamente ocuparse actividades como la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás según este criterio debería pasar al sector privado. (Suarez Tamayo, 2010, pp. 38).

Así mismo, comenta que la huida del derecho administrativo al derecho privado ha sido consecuencia del boom de la modernidad, la globalización, las corrientes neoliberales y los nuevos pensamientos económicos (libre mercado) y claro está, de la gran influencia que ha tenido el sistema jurídico español en el ordenamiento jurídico colombiano. Según el texto del profesor David Suárez Tamayo, la huida del derecho administrativo es la “tendencia de someter a la administración pública o alguna de las actividades que desempeña la misma al régimen de derecho privado, o al acudir cada vez más a formas privadas para lograr eficiencia, eficacia y agilidad en la gestión”.(p.82). Adicionalmente, cuando en Colombia se habla de la huida del derecho administrativo también se está haciendo alusión a los casos en que algunas funciones públicas que eran objeto exclusivo de la administración pública (funciones que se desglosarán más adelante) pasan a manos de particulares, es decir, aquellas funciones que solo estaban en cabeza de la administración por su naturaleza pública, fueron trasladadas a entidades privadas o a particulares, para que fuesen ellos los encargados de desempeñar dichas funciones.

Al inicio de la huida del derecho administrativo en Colombia, se utilizaba el término recurrentemente, e incluso se llegó a pensar que el derecho administrativo iba a desaparecer por completo y que al cabo de unos años solo se iba a regir la Administración pública por derecho privado; atribuyendo todo lo anterior a las numerosas manifestaciones, las cuales contenían

algunas de las siguientes características, Tal como aduce Suarez Tamayo (2015) en su clase de Derecho Administrativo:

1. Funciones, servicios y demás actividades típicas del Estado eran asignadas o compartidas con particulares. Aquí se presenta la huida en quien presta la actividad o en quien la suministra.
2. Entidades de propiedad exclusiva del Estado pasaban a ser propiedad de particulares o se convertían en entidades mixtas, manifestando o dándose la huida en la propiedad (cambio de dueño).
3. Algunas entidades sometidas únicamente a derecho público se empezaron a regir por derecho privado, generando un cambio de régimen.
4. Se comenzaron a trasladar controversias que eran competencia del juez administrativo al juez privado. La huida aquí se manifiesta en el cambio del juez competente.

Suarez Tamayo (2015) en su clase de Derecho Administrativo, dice que estas manifestaciones de la huida del derecho administrativo al derecho privado se encuentran fundamentadas en varias razones y que estas se dividen en dos grupos. El primer grupo hace alusión a las razones externas y estas son, como ya se había mencionado, la influencia de corrientes neoliberales, la influencia de la doctrina española, la globalización, la libre competencia, la eliminación de monopolios, las reformas y ajustes institucionales, y la reducción del aparato estatal. El segundo grupo sería entonces aquellas razones internas y en ellas se encuentra la gran crítica que se le ha venido haciendo al Estado durante muchísimos años, sobre la lentitud en sus procedimientos y la falta de eficacia de la administración pública, lo que genera

que la gestión de esta institución sea ineficiente, hay mucha politiquería, clientelismo, déficit de control fiscal y corrupción.

Por lo anterior, tal y como lo muestra Suárez Tamayo (2015) en su Clase de Derecho Administrativo, una de las verdaderas causas de la huida del derecho administrativo es, entre ellas, “*eludir*” y “*evadir*”, es decir, se dio una presión y una influencia sobre el legislador para que sometiera a derecho privado ciertas atribuciones y funciones propias del derecho administrativo, para obtener ciertas ventajas como eludir los principios de derecho administrativo, los trámites o procedimientos, los controles, el régimen de responsabilidades, limitar la participación ciudadana y como consecuencia de estas, la defensa y protección de los usuarios, la defensa y protección del interés general y el patrimonio público. Se dice entonces que lo que hay detrás realmente de este fenómeno de la huida es la intención de evadir los preceptos de Ley 80, eludir los controles y responsabilidades propias de la administración pública; pero es importante advertir que en algunos casos, el verdadero propósito es agilizar los procesos y es por eso que se ha recurrido a las formas de derecho privado, pues en ellas se garantiza esa agilidad en los procesos.

Adicionalmente, se expidieron nuevas leyes orientadas a solucionar el problema de la gestión pública, introduciendo la gestión privada en la Administración.

A partir de todo este fenómeno y lo que ello estaba representando en el ordenamiento jurídico colombiano, David Suárez (2010), plantea una serie de respuestas que contrarrestan la huida y permiten la evolución del derecho administrativo, a través de tendencias tales como:

- Derecho Administrativo Privado: surge en Alemania, como un derecho privado cualificado, donde además se aplican principios de derecho público y derechos fundamentales, para los casos en los cuales una entidad pública o una función pública se rigen por derecho privado.

Una clara muestra de ello en el ordenamiento colombiano es el artículo 13 de la Ley 1150 que expresa:

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.

El ejemplo anterior muestra claramente que el derecho administrativo no presenta una huida sino una transformación, una extensión a otras ramas del derecho. En la práctica esta figura ha sido popular o mayormente empleada en las sociedades de economía mixta exentas de ley 80 y empresas de servicios públicos; que, si bien no aplican en el desarrollo de su actividad, la Ley 80 ni la Ley 1150, deben siempre poner de presente los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

- Levantamiento del velo: El derecho a veces le permite al Estado asumir ciertas fachadas para beneficiarse del régimen jurídico que la Ley le otorgue a esa fachada. Por eso, propone una supremacía de la realidad sobre la forma, es decir, le recomienda al juez examinar de fondo las figuras y entidades sometidas a derecho privado y que estas en realidad sí cumplan con los requisitos para ser materia de este régimen, y no, que solamente utilicen un nombre o una fachada para eximirse del control de la Administración pública. En síntesis, es mirar que lo que están haciendo corresponda al régimen que están utilizando.
- Reserva Constitucional del Derecho y del Juez Administrativo: Esta tendencia está dirigida especialmente al legislador, proveniente de Europa. Esta señala que cuando el legislador vaya a crear nuevas entidades que se rijan por derecho privado, estas tienen que respetar los principios propios de la función administrativa. Un ejemplo de esto es el artículo 210 de la Constitución política que expresa “Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.”.

Por su parte, el juez administrativo al momento de juzgar entidades públicas y controlar actividades públicas-administrativas y prestación de servicios públicos, siempre debe aplicar los principios de la función pública. Cabe resaltar que frente a la reserva constitucional y del juez administrativo el derecho español ha tenido una gran influencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

- Teoría de los actos separados: Indica que la contratación se divide en contrato y selección del contratista; en ese orden de ideas el contrato se puede regir por

derecho privado, pero la selección del contratista debe ser por régimen público, para garantizar la transparencia y la igualdad.

- Autorregulación regulada: Les permite a los privados regularse, pero cuando no funciona, el Estado debe entrar a regular, es decir, los particulares con funciones públicas se pueden regular por derecho administrativo privado siempre y cuando ciertos temas se regulen por derecho administrativo, como contratación, inhabilidades, entre otros. (p.187-200).

En últimas lo que pretenden mostrar estas respuestas a la huida del derecho administrativo no es más que una forma de explicar que en Colombia aún no hemos adoptado este fenómeno como propio y que tampoco se siga con esa idea de que el derecho administrativo va a tender a desaparecer. Si se mira el trasfondo de este fenómeno, se concluye que realmente no se trata de una verdadera huida, porque el patrimonio público nunca podrá ser regulado por el régimen privado, ni el régimen privado va a suplir las necesidades esenciales del Estado, sino que, simplemente se trata de una evolución del derecho administrativo, de un cambio, o como diría el profesor Atehortúa Ríos (1995), en ponencia presentada en El Seminario Internacional de Derecho Administrativo, es “una mutación en su concepto, su alcance, su objeto de estudio y sus temas de interés”. Si bien este fenómeno le ayuda a las entidades públicas a agilizar mucho sus procesos y procedimientos, no se debe desconocer la naturaleza de estas y no se debe tampoco abusar en el uso de dicho fenómeno.

Era importante analizar el tema de la huida del derecho administrativo en esta monografía pues como se mencionaba anteriormente, una de las manifestaciones de este fenómeno es que la prestación de servicios públicos - actividad que era prestada únicamente por el Estado - pasa a

estar en cabeza de particulares. El ejemplo claro de esta manifestación se evidencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, pues el Estado, al verse enfrentado a un mercado competitivo, decide otorgarle la facultad a los particulares para que ellos se encarguen de esta prestación.

Todo esto para concluir que, si bien se sabe que el derecho administrativo se ha visto permeado por una especie de derecho privado y ha utilizado ciertas formas y procedimientos de este, siguen siendo actividades propias de la Administración pública. Por tanto, para esta monografía, se partirá de la base de que en Colombia ha operado una especie de huida del derecho administrativo pero, en ningún caso esto supone una renuncia a las actividades propias del derecho administrativo en cabeza del Estado.

Especialmente, en las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, la huida del derecho administrativo ha sido un fenómeno de gran importancia, pues estas entidades han sido el claro ejemplo de este, debido a su naturaleza jurídica ya que ejercen funciones y llevan a cabo actividades que anteriormente estaban en cabeza del Estado. En este caso, la prestación de servicios públicos, en razón de la eficiencia, eficacia, sostenibilidad y el libre mercado; y adicionalmente se someten a normas de derecho privado, por ejemplo, se encuentran exentas de la aplicación del Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), sin embargo, en el desarrollo de su actividad comercial deben prevalecer los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; además, algunos temas de contratación y relaciones laborales, se rigen por el derecho laboral privado, de igual forma están exentas de algunos controles presupuestales y de rendición en la cuenta, entre otras que a lo largo del tercer capítulo serán explicadas con mayor

profundidad. Lo anterior significa que en las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones hay una huida parcial del derecho administrativo, porque, si bien, algunas actividades migran al derecho privado, no pueden desconocer los principios de la función pública administrativa.

CAPÍTULO II LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

2.1. Noción servicio público

A lo largo de la historia y en distintos ordenamientos jurídicos del mundo, se han construido diferentes nociones de servicio público; si se quiere, hay tantas nociones como autores. En este capítulo, se abordarán aquellas definiciones que han sido mayormente aceptadas por la doctrina y que han marcado el mundo del derecho administrativo.

En un primer momento, es importante advertir que el concepto de servicio público ha acompañado, inclusive desde sus inicios, al derecho administrativo y a su evolución en el tiempo. Sin embargo, hablando propiamente de esta noción dentro del sistema normativo francés, se tomará como punto de partida el reconocimiento que tuvo lugar en el Fallo Blanco.

Este fallo, que data de 1872, resuelve el caso en donde una menor resulta lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado y allí se cuestionó entonces la responsabilidad del Estado frente a este suceso. Con esto, surge la necesidad de otorgarle un carácter autónomo a un nuevo sector, el sector de los servicios públicos, que debía ser regulado por normas especiales en consideración a las actividades propias. Adicionalmente, se hace extensiva la responsabilidad del Estado a las actividades realizadas por particulares con ocasión a la prestación de servicios públicos, decidiéndose que este caso debía ser resultado conforme a las normas de derecho público

y no de derecho privado. Esto último resulta supremamente relevante, pues le advierte al Estado que en él recae la responsabilidad sobre cualquier suceso que ocurra en el desarrollo de actividades de servicio público.

Si bien el Fallo Blanco resulta relevante para iniciar el recorrido que ha tenido la noción de los servicios públicos, el aporte trascendental que deja no es más que el reconocimiento de autonomía del derecho administrativo, que, si bien es un paso hacia adelante, no introduce contenido material a la categoría de los servicios públicos. Por lo tanto, es necesario que se siga ahondando sobre la materia para encontrar así una noción de servicio público convincente.

Uno de los grandes maestros del derecho, específicamente de la doctrina francesa, es el jurista León Duguit, perteneciente a la denominada Escuela de Burdeos o Escuela del Servicio Público, quien en su obra “Las transformaciones generales del derecho público y privado” se ocupa de este concepto.

Duguit inicia su libro contando un poco cómo eran las relaciones jurídico-sociales hace ya bastantes años. Señala un concepto que es supremamente relevante en todo ordenamiento jurídico y es el de soberanía; expresa que en donde hubiese relación entre un colectivo de personas y una institución de carácter superior que ejerciese una especie de fuerza sobre dicho colectivo, se estaría en presencia de una soberanía que justificaba, en últimas, la existencia del Estado. Este concepto de soberanía predominó durante muchos años, diciéndose que era el elemento esencial y necesario para que existiese como tal el Estado. Sin embargo y dado que las sociedades van evolucionando constantemente y con ellas sus necesidades, Duguit (1912) en su escrito afirma que “La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento de Derecho público” (p.27). Con dicha afirmación se logra identificar un

distanciamiento, una gran separación del criterio de la *puissance publique* (criterio desarrollado por Hauriou), es decir, del concepto de soberanía y de poder; esto se explicará más adelante.

Cuando se asume que en la dinámica de las sociedades debe haber una persona o una entidad que ayude a regular las relaciones entre sí, se empieza a diferenciar entre gobernantes y gobernados. Es con esta distinción que se comprende que existen, para los gobernantes, ciertas obligaciones que son impuestas por los mismos gobernados y que ello justifica el poder, como una especie de fuerza, de los gobernantes. Entender esta concepción, en últimas, es entender esencialmente la noción de servicio público.

Es claro que la noción de Estado ha evolucionado también con el paso de los años y que esto ha llevado a que el concepto de soberanía ya no represente el elemento esencial y necesario para la creación del Estado. Es comprender que el Estado no solamente tiene la potestad de mandar sino, deberes por cumplir. Por lo tanto, se confirma la afirmación hecha por Duguit, de que el concepto de soberanía no es tampoco la noción fundamental del derecho público.

Con respecto a esto último, dicho autor señala la posición de dos juristas franceses, más o menos del año 1900, M. Hauriou y M. Berthélemy. Ellos exponen que la soberanía de los gobernantes no es más que un poder de dominación que es ante todo una función social y esto, en el fondo, representa la noción de servicio público. Duguit, señala además lo siguiente:

Pero importa señalar y recordar que M. Berthélemy, como M.Hauriou, ve esencialmente en lo que se llama el poder soberano una función y no un derecho subjetivo de mando, y que además llega a eliminar del Derecho público la noción de derecho

subjetivo de poder y a darle por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes.

Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del Derecho público, es en el fondo la noción de servicio Público. (Duguit, 1912, pp. 31).

Dicho esto, se deduce que la discusión sobre el concepto de soberanía y su importancia dentro del derecho público ha sido superada desde la perspectiva de la Escuela del Servicio Público, entendiendo que en últimas lo que supone esta definición, la de soberanía, es un poder propio de los gobernantes que se concretiza en función y la cual beneficia a los gobernados, comprendiendo que esta afirmación no es más que la definición propiamente dicha de los servicios públicos. No obstante, los gobernantes no solo tienen esa función de mando o de dominación sobre los gobernados, sino que tienen obligaciones determinadas, una de ellas, es la obligación de asegurar, sin interrupción alguna, el cumplimiento de una cierta actividad. Estas obligaciones impuestas a los gobernantes no podrán entenderse como obligaciones de tipo moral, se tratan de obligaciones de orden jurídico y, por lo tanto, cuando no son cumplidas, son susceptibles de ser sancionados, razón por la cual se han organizado instituciones que cumplan con ello.

Existe entonces una correspondencia entre estos dos preceptos, es decir, entre el concepto de soberanía y la idea de que los gobernantes tienen obligaciones a su cargo referente a ciertas actividades y es que, sin importar cuál sea el título por medio del cual se haya obtenido ese poder de dominación, toda actuación desplegada por aquellos que tienen el mando, deben estar

dirigidas al provecho de los gobernados, actuaciones que se materializan en esas obligaciones precisamente.

Ahora bien, se ha venido hablando acerca de las obligaciones de los gobernantes; ellas están dirigidas a cumplir determinadas actividades, pues bien, esas actividades constituyen el objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son esas actividades? Esa pregunta no se podrá contestar con exactitud, ya que va de la mano de un concepto evolutivo y es que, en últimas, el Derecho es una creación social, creación que se va transformando con el paso del tiempo y como consecuencia de ello, aumenta el número de actividades capaces de ser soportadas por los servicios públicos. Las civilizaciones van en constante cambio y con ello, sus necesidades, que se verán materializadas por los servicios públicos. Ejemplo de ello son tres actividades que han sido pedidas por los gobernados durante todos los tiempos: la guerra, la policía y la justicia; elementos constitutivos originariamente como servicios públicos.

Dado que las sociedades van transformando sus formas de vida, estos tres servicios públicos ya no son suficientes para la satisfacción general; cada vez más las sociedades van creando distintas necesidades, lo que ha generado nuevos deberes a los gobernantes, aumentando el número de servicios públicos. Por lo tanto, el Estado debe garantizar que las exigencias de los gobernados para la satisfacción de sus intereses, se presente de una forma constante e ininterrumpida. Para mostrar un poco lo que se ha venido hablando, es preciso señalar el caso del servicio de transporte como un servicio público y es que en tiempos muy remotos si una persona o un colectivo necesitaba desplazarse de un lado a otro, cada uno era el responsable de conseguir la manera de hacerlo, sin embargo, las ciudades empezaron a crecer en su infraestructura, haciendo más complejo el tema de la movilidad. Allí entonces surge la necesidad inmediata de organizar el servicio de transporte como un servicio público, garantizando su prestación continua

y siendo asequible para todos. El fin de esto es señalar que el Derecho y el Estado cambian en proporción a las necesidades elementales de los individuos, viéndose representados en la prestación de los servicios públicos.

En suma, todos estos elementos que se acaban de indicar llevan a la construcción de una noción de servicio público, señalando que:

Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (Duguit, 1912, pp. 37).

Como se explicaba al inicio del capítulo, en tanto el concepto de soberanía deja de ser el pilar fundamental del derecho público, es el concepto de servicio público el que se convierte en tal. Así las cosas, se entiende que el derecho público es ese conjunto de normas tendientes a la organización de los servicios públicos, asegurando su funcionamiento regular e ininterrumpido; posición de Duguit (1912), quien en este punto señala:

El Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos” (pp. 38).

Se logra identificar entonces que el Estado, a través de la organización del derecho público, garantiza la adecuada prestación de los servicios públicos y vela además porque, en dicha prestación, no exista ni un mínimo de corrupción. Este gran jurista francés advierte otra cosa, y es que el medio por el cual el Estado se asegura de cumplir con su obligación de prestar servicios públicos es la ley, ley de servicios públicos. Si el fin y el deber es que se garantice el debido cumplimiento de los servicios públicos y que ellos sean prestados de la forma más transparente posible, esto debe disponerse a través de leyes, debe ser un mandato legal, para que así nadie, ni Estado ni particulares, impidan la prestación de estos.

Sin embargo, hay un punto que es importante resaltar. Si bien se ha mencionado que el Estado es el encargado de vigilar, controlar y asegurar la debida prestación de los servicios públicos, esto no necesariamente supone que los agentes de la gestión del servicio estén bajo dependencia inmediata y directa del gobierno. Es decir, se ha visto que cada vez es más común establecer el sistema de descentralización¹ para la prestación de estos servicios, descentralización de todo tipo, advirtiendo que no siempre se presta por descentralización. Un ejemplo de ello es la concesión, un contrato por medio del cual el Estado le confía la prestación de un servicio público determinado a un particular, eso sí, siempre bajo el lente inspector del gobernante. En últimas, la reflexión más relevante que deja León Duguit, advirtiendo que él pertenecía a la escuela de Burdeos del servicio público, es que, si el Estado no garantiza la prestación eficiente de los servicios públicos, no tiene razón de ser, pues como se mencionaba, la existencia del Estado no

¹ La descentralización es la figura por medio del cual el Estado, en aras del cumplimiento de sus fines y satisfacción del interés público, “desplaza” funciones a organismos con autonomía, personería jurídica y patrimonio propio, para que sean estos los encargados de ejecutar los fines del Estado. En Colombia existe descentralización territorial, por servicio y por colaboración.

se debe fundamentar únicamente al ejercicio del uso de la fuerza sino a la prestación de los servicios públicos.

Jean Rivero, otro jurista francés que le aportó enormemente al derecho administrativo, en su obra *Droit Administratif*, expresa que el concepto de servicio público se puede entender en dos sentidos: material y orgánico. El sentido material se refiere a “toda actividad asumida por una entidad pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general” (como se citó en Montaña Plata, 2005, p.168). Y en un sentido orgánico como “el aparato administrativo u organismo estatal encargado de realizar o controlar actividades de la naturaleza expresa”, específicamente como “un conjunto de agentes y medios que una persona publica afecta a una misma tarea” (Rivero, pág. 445). El concepto clásico, señala 3 elementos en los cuales se ve concentrada la noción del servicio público: “I) actividad desarrollada por órganos de la administración o por concesión; II) régimen jurídico especial, régimen de derecho administrativo; III) función de satisfacer intereses públicos” (Bartolomé A. Fiorini, 1997, p.203).

Sobre estos tres presupuestos, para Gastón Jéze se derivan consecuencias inherentes consagrados en los siguientes principios: “I) tratamiento especial a los agentes afectados a la actividad del servicio público; II) tratamiento especial a los bienes afectados al servicio público; III) tratamiento especial a los contratos que rigen sus actividades; y IV) tratamiento especial sobre las decisiones que afectan estos servicios” (como se citó en Bartolomé A. Fiorini, 1997, p. 203)

Para Rolland, también perteneciente a la Escuela de Burdeos, el servicio público es “la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de las necesidades colectivas del público” (como se citó en Suárez, 2010, p.106). Por su parte, el profesor André de Laubadère define al servicio público como “la

actividad de una colectividad pública que tiene por objeto satisfacer una necesidad de interés general como son la defensa nacional, los ferrocarriles, el registro civil, la justicia y los servicios públicos. Dichas colectividades son el Estado Central, Departamental y Municipal, y por concesión el particular podrá garantizar la prestación de dichos servicios públicos” (como se citó en Suárez, 2010, p. 106).

Por otro lado, se encuentra la doctrina italiana de los servicios públicos. Señala que estos deben concebirse desde dos concepciones subjetiva y objetiva. La concepción subjetiva afirma que los servicios públicos son aquellos que son realizados por la administración pública. Lo último es importante analizarlo. Resulta que, si esto es así, esta definición excluye a todos aquellos particulares u organizaciones privadas que llegasen a prestar estos servicios públicos. Esta concepción es más una *consideración* orgánica de los servicios públicos, orgánica entendiéndolo como Rivero lo señala, es decir, “los considera como la estructura organizativa en sí misma” (como se citó en Montaña Plata, 2002, p.166).

Dicho de otra manera, “los servicios públicos pueden considerarse como actividades de carácter no autoritativos cuya responsabilidad compete a la administración pública” (Alberto Montaña Plata, 2002, p. 168). El aporte más significativo de la doctrina italiana bajo la concepción subjetiva de los servicios públicos, no es más, estos, no se identifican bajo la estructura organizacional de la Administración y no alcanzan su carácter, precisamente por ser prestados por esta. Se caracteriza además por señalar que no se puede entender como la única actividad de la administración pública, la satisfacción del interés general.

Desde una concepción objetiva, la doctrina italiana pareciese acercarse un poco a lo considerado por la doctrina francesa. Esta, les añade a los servicios públicos un contenido material, en tanto este es el que determina la necesidad de construir una normatividad especial,

ya que es precisamente esa actividad (la prestación de los servicios públicos) la que determina el objeto único de la Administración pública. Jean Rivero, uno de los grandes exponentes en este tema y defensor de esta posición, señala esta concepción como “actividad de interés general que la administración asume” (como se citó en Montaña Plata, 2002, p. 170). Con esta noción, se pretende mostrar el fin de los servicios públicos y, en últimas del Estado, de satisfacer las necesidades y los intereses generales de los gobernados. Lo que demuestra es que, el resultado positivo de la prestación de los servicios dependerá de la construcción normativa de los postulados que los contenga, y de la responsable interpretación que de ellos resulte. En este sentido, se podría cerrar esta definición con lo expuesto por Giannini:

Las anteriores reflexiones se hacen extensivas al sentido objetivo del servicio público en la doctrina Italia, que como lo indicábamos antes obedece a la consideración de las actividades no autoritativas de la Administración pública que persiguen la realización del interés general (como se citó en Montaña Plata, 2002, p. 172).

De igual manera, la doctrina argentina se encargó de profundizar acerca de la noción de los servicios públicos. El jurista Bartolomé A. Fiorini, en su obra “Derecho Administrativo” acentúa su escrito en los preceptos construidos por la doctrina francesa y de los cuales se han mencionado en este capítulo, como el aporte más significativo que se ha producido en esta materia. Fiorini se refiere a un punto importante y es el de la crisis del servicio público. Él señala que la noción construida por León Duguit, apoyada por Jéze y sus discípulos Bonnard y Roland, entra en crisis, pues los elementos que ellos indican como configurativos de la noción de servicio público no son suficientes. Advierte que la crisis comienza cuando se introducen los servicios públicos industriales o servicios públicos comerciales; pues establecer que los servicios industriales o comerciales son de carácter público contraría un poco la idea clásica del servicio

público, que señala que la Administración asume de manera exclusiva la prestación de estos servicios, debido a la incapacidad individual por conseguir sus intereses. Bartolomé A. Fiorini (1997), resalta: “se cita al interés público como único dato, sin embargo, este parece relativizado, en especial cuando se comprueba que esas mismas actividades son realizadas en concurrencia con los particulares que también las explotan” (p. 203). Pese a que este autor advierte la “crisis del servicio público”, es de anotar que el servicio público sigue siendo uno de los motivos del derecho administrativo, pero con perfil y régimen diferente.

Por su parte, Prosper Weil, señala que una de las circunstancias que dio lugar a esta crisis fue “la ruptura de la fórmula según la cual a toda prestación de servicio público se acompañaban irremediamente procedimientos y reglas necesariamente de naturaleza pública, marginando por regla general al derecho privado y al control de la justicia ordinaria cualquier asunto relativo al servicio” (como se citó en Santofimio, 2017, p. 82). Para Tomás Ramón Fernández, una segunda razón por la cual se podría hablar de la crisis del servicio público consiste en “de su gran desvanecimiento relativamente reciente que deviene del auge y desarrollo de las teorías neoliberales y su impacto en la dinámica misma del aparato administrativo e incluso en los postulados materiales del concepto de Estado social de derecho, concepciones estas de profunda estirpe economicista e individualista, que centra, con ostensibles criterios fundamentalistas, cualquier lectura del orden social y jurídico en las reglas y principios del mercado, la competencia, la libertad económica y de iniciativa” (como se citó en Santofimio, 2017, p. 82-83).

Santiago Muñoz Machado, señala que dado estas circunstancias anteriormente expuestas, se puede afirmar “llegando a postular la muerte del servicio público y el surgimiento de actividades libres para ser desarrolladas por los sectores económicamente poderosos, en una especie de actividad prestacional de responsabilidad privada bajo criterios de competencia y

eficiencia económica, fundadas sobre la base de la proscripción al Estado intervencionista, acumulador de funciones y responsabilidades, monopolístico y corrupto, al que califican además como ineficiente” (como se citó en Santofimio, 2017, p.83).

Sin embargo, pese a que muchos doctrinantes a nivel mundial apoyaron esta idea de la crisis de los servicios públicos, tales como Villar Palasí, Ariño Ortiz, Palacios Mejía y los anteriormente señalados; no por ello significa que esto fue así.

Retomando a Bartolomé A. Fiorini (1997), él muestra una realidad que es difícil de esconder. Señala que al asumir la Administración pública el cometido de satisfacer necesidades de carácter público, ella deberá disponer de regímenes jurídicos distintos para esta causa. Además, dice que los sujetos que prestan o ejecutan estas prestaciones varían, pues pueden ser prestados por la Administración pública, un concesionario o varios sujetos particulares. Se advierte también que la prestación de estos servicios tienen unas características especiales, ya que debe hacerse de manera permanente, constante, regularizada, igualitaria y resulta obligatoria (p.210-211)

Esa prestación debe ser continua, y ello supone entonces que no puede quedar al arbitrio de aquellos agentes que lo presten. De nada serviría que estos servicios fuesen prestados de una manera constante, si su prestación es deficiente, pues a medida que se ve reflejada la eficiencia de estos, aumenta el grado de satisfacción de las necesidades de la colectividad. La regularidad, por su parte, expresa que estos servicios, al considerarse como especiales deben estar regulados siempre en una normativa especial, que nunca podrá estar supeditada a las necesidades de los agentes que desarrollen esta función. Los servicios públicos deben ser igualitarios, en el sentido en que deben estar dirigidos a toda la población, sin discriminación alguna. Y deben ser de

obligatorio cumplimiento, pues de nada serviría que su prestación fuera regular, continua, sino satisficiera a todos.

Este último elemento, el de la obligatoriedad, es supremamente valioso, pues es lo que diferencia la prestación de un servicio público de una actividad privada. Por ello, Fiorini (1997), señala que “Cuando la Administración pública impone como carga a un sujeto que sus prestaciones se realicen en forma obligatoria para todos y cuantos lo quieran, se instituye realmente un servicio público” (p. 211). Lo esencial, entonces, que fundamenta la prestación de un servicio como público, para Fiorini, no es más que esa carga irrenunciable de prestarlo cada vez que se requiera.

Luego de haber repasado las distintas doctrinas que han surgido con respecto a la noción de servicio público, se concluye según lo que se ha mencionado, que este tipo de servicios buscan satisfacer las necesidades de la colectividad, o sea el interés general de la comunidad. La prestación de estos servicios puede ser prestada por Estado a través de sus entidades Estatales, o en algunos casos, pueden ser prestados por particulares por medio de un contrato de concesión. No obstante, el Estado debe velar siempre porque la prestación sea continua e ininterrumpida, con independencia de quién sea el agente prestador y con sujeción a un régimen jurídico especial. Mencionado esto, a continuación, se pasará a analizar este tema en la historia de Colombia.

2.2. Noción de servicio público en Colombia

El sistema jurídico colombiano ha sido fuertemente influenciado por la corriente francesa, especialmente en lo que respecta a la noción de servicio público señalada por el profesor León Duguit, noción mencionada al inicio de este capítulo. Bajo esta perspectiva, en Colombia se

admite que los servicios públicos son aquellas actividades indispensables para el desarrollo de los intereses de carácter general y que con ellas las personas logran satisfacer sus necesidades.

No obstante, muchos juristas y profesores se han encargado de ampliar un poco dicha concepción. Así las cosas, uno de los profesores que más se ha dedicado a este tema, es el profesor David Suarez (2010), quien en su obra “Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios, Transformaciones – Tendencias del Derecho Administrativo” hace un breve recorrido por las distintas doctrinas que han surgido alrededor de la noción de los servicios públicos, para así construir su propia definición, a saber: “Servicio público es toda actividad general, continua, y regular a cargo del Estado en gestión directa, o indirecta a través de particulares, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades colectivas, y que se encuentran sometidas a un régimen jurídico especial” (p. 106-107). Sin embargo, en su obra menciona un tema del cual ya se había hecho alusión en esta monografía y es sobre las razones de la huida del derecho administrativo.

El profesor Suárez (2010), expone las siguientes razones:

Algunas de ellas las podríamos considerar como razones internas-institucionales; y otras como razones externas. Dentro de las primeras, se incluirían: la ineficiencia del Estado, el déficit presupuestal, la indebida administración de las empresas prestadoras de servicios públicos, la burocratización, el clientelismo y la corrupción en las mismas y la baja calidad de los servicios; mientras que de las razones externas se citan: las nuevas tendencias económicas, la globalización, el neoliberalismo, las privatizaciones, la configuración de la comunidad económica

europea y las exigencias internacionales de la banca multilateral
 (Pp. 109).

Para muchos, la solución radicaba en reformar el Estado, dándole un poco más de libertad a las empresas, privatizando empresas estatales y flexibilizando las leyes laborales. Esto sucede a raíz del sentimiento que rodeaba a todos de ineficiencia del Estado al momento de prestar adecuadamente los servicios públicos, aludiendo a que, si el Estado era ineficiente al momento de prestarlos, no podían seguir en cabeza de él.

Ahora bien, es menester ahondar un poco qué ha ocurrido en las leyes, cuál ha sido el recorrido de dicha noción dentro del sistema normativo de Colombia. En primer lugar, la Constitución Política de 1886, ahora derogada, consagraba en su artículo 18 que la huelga, como mecanismo de negociación, era prohibida para aquellas personas catalogadas como trabajadores de servicios públicos.

En 1947 se crea la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, producto de la nacionalización de los servicios telefónicos, radiotelegráficos y radiotelefónicos que desde finales del siglo XX eran asumidos por empresas internacionales de capital privado. Se autoriza entonces al gobierno para comprar las empresas existentes y unificarlas bajo el control estatal. Según ADESCO (Asociación nacional de empresas de servicios públicos y comunicaciones) TELECOM se conformó a partir de la compra de activos de la Compañía Telefónica Central (primera empresa interdepartamental creada en 1929 por inversionistas extranjeros), integrando servicios de larga distancia, de telefonía local y rural. ²

² Raúl Andrés Tabarquino Muñoz. Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: una mirada desde la ciencia de la política pública y la regulación. 2011. Cali-Colombia.

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo de 1950 en su artículo 430, modificado por el Decreto 753 de 1956, dispuso que los servicios públicos no solo son aquellos tendientes a satisfacer las necesidades de interés general, sino que son servicios desarrollados en forma regular y continua, con independencia de si el servicio es prestado por una Entidad pública o privada, conforme a un régimen jurídico especial. En este artículo el legislador expone una lista taxativa de las actividades entendidas como servicio público.

Ahora bien, bajo un criterio funcional de Derecho administrativo, los servicios públicos son aquellos servicios que los seres humanos no están en condiciones de proveerse por sí mismos y, son el punto central para el desarrollo y calidad de vida de los individuos. Por esto entonces la prestación de los mismos está radicada en el Estado, pues es quien tiene todas las herramientas posibles para que dichos servicios sean prestados adecuadamente.

En el año 1954, en el gobierno de Rojas Pinilla, se expide el Acto Legislativo No. 5, en el cual se puede encontrar, en el artículo primero, que se le autoriza a la Nación, a los departamentos y a los municipios la creación de establecimientos públicos para prestar servicios públicos. Con ello se puede evidenciar que nace el concepto de descentralización por servicios, esto es, cuando existen ciertos temas que apuntan a una materia, pero son considerados especiales o de alto nivel técnico, surge la necesidad de que sean tratados de manera especial.

En 1955 se crea Empresas Públicas de Medellín, EPM; en 1960, Empresas Públicas de Barranquilla, EPB; y en 1961, las Empresas Públicas de Cali, EMCALI. Estas empresas, como su nombre lo indican, fueron creadas con carácter autónomo, tanto en la parte administrativa

como en la financiera, atribuyéndoles la prestación total de los servicios de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos.³

Por medio del Decreto 2342 de 1957, que entró a modificar el Decreto 2427 de 1956, se regula en su artículo dos el tema de las tarifas en materia de telefonía. En 1968, se expide un Decreto – Ley, el 3069, en donde se señala en el artículo primero lo siguiente:

Créase la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, cuyas funciones principales serán las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica. Para los fines del presente Decreto se denominarán entidades de servicio público aquellas que prestan los servicios arriba mencionados (Decreto – Ley 3069, 1968).

Con este Decreto entonces se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, institución encargada de velar por las tarifas de los servicios públicos y su uso adecuado.

Luego, en 1991, se expide la Constitución Política, en donde se asume a Colombia como un Estado Social de Derecho y al determinar esto, se establece que el Estado debe asegurar la vida, el trabajo, la igualdad, la libertad, la convivencia, la justicia, la paz y el conocimiento a todos los integrantes del territorio nacional. No cabe duda alguna de que estos principios rectores descritos en el preámbulo de la Constitución imponen un deber de prestar servicios públicos.

En el primer artículo de la Constitución de Colombia se observa que, al arrogarse la posición de Estado Social de Derecho, se asumen dos ideas que en principio pareciesen incompatibles, pero que combinan a la perfección en este tipo de modelo de Estado. La primera

³ Información obtenida durante el periodo de practica realizado en Une EPM Telecomunicaciones, Vicepresidencia de Asuntos Legales (diciembre de 2017 a Junio de 2018).

consiste en ser un Estado abstencionista, es decir, un Estado liberal. La segunda se caracteriza por ser un Estado intervencionista, asegurándole a los suyos unas condiciones mínimas vitales. Esto es importante anotarlo y destacarlo, ya que estas dos características cumplen unas funciones determinantes en materia de los servicios públicos. Bien se señalaba en el Código Sustantivo del Trabajo, que luego fue modificado por el Decreto 735, que estos servicios pueden ser prestados tanto por sujetos privados (particulares) como por entidades estatales, y aquí es donde se ve marcado este rol de Estado abstencionista, pero regulatorio, y es que le permite a los particulares crear empresas o unirse en comunidades organizadas para prestar dichos servicios. Y es intervencionista, en tanto el Estado sigue teniendo la potestad de crear los marcos regulatorios que consagran la debida prestación dichos servicios.

Adicionalmente, el pasar de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, no es solo introducirle la palabra “social”, sino que conlleva un contenido específico que se refiere a que el fin del Estado sea el bienestar social de todos sus asociados.

La Corte Constitucional se refirió al concepto de Estado social de derecho en la Sentencia C-566 de 1995, con magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde se señaló:

El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autorregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momento de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar

su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar – hasta cierto punto - las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado (Corte Constitucional, Sentencia C-566, 1995).

Con este aporte del alto tribunal, se reafirma una vez más que el Estado no solo existe para ejercer poder sobre sus gobernados, sino para cumplir con su deber de satisfacer las necesidades que ellos mismos son incapaces de obtener, comportándose como un medio a través del cual se pueden hacer realidad los fines de la comunidad.

Ahora bien, con respecto a la noción de servicio público, la Constitución Política colombiana, en su artículo 56, consagra el derecho constitucional de la huelga y reafirma lo señalado por la Constitución pasada, en los siguientes términos: “Se garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador” (Constitución Política de Colombia, art. 56).

A su vez, se encuentra en la Constitución, el Título XII “Del régimen económico y de la Hacienda pública”, capítulo 5 “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, donde se establece todo el marco constitucional en el cual se deben prestar los servicios públicos. Allí se encuentra consagrado el artículo 365, que 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 (Constitución Política de Colombia, art. 365).

Es importante que no se pierda de vista lo que allí se señala y es que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, en concordancia con lo que León Duguit mencionaba hace algunos años, y es que la vida misma del Estado dependerá siempre de ese poder concedido de prestar estos servicios de carácter público. En últimas, si el Estado no es capaz de prestarlos, pierde su razón de ser. La prestación de estos servicios se convierte entonces, uno de los fines del Estado.

El artículo 366 de la Carta Magna señala que son finalidades sociales del Estado el mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar general de todos los habitantes del territorio colombiano, imponiéndole así al Estado el deber de satisfacer las necesidades que van surgiendo con el paso del tiempo y con la evolución de la sociedad, como la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable. Para ello, siguientes artículos señalan que dentro de los planes presupuestales de la nación y de los entes territoriales debe designarse un gasto social para la cobertura de estas necesidades, que aún no han sido satisfechas, el cual tendrá prevalencia sobre cualquier otro gasto.

Sin embargo, no todo ha sido tan pacífico. Resulta que, con la expedición de la Constitución de 1991, una de las ideas fundamentales es que se acabara con el monopolio del Estado en la prestación de los servicios públicos. Esto se da como consecuencia de fenómenos

que se estaban presentando a nivel internacional, como es la neoliberalismo y la privatización de las empresas estatales. Es por esto, entonces, que con la nueva Constitución se presenta un fenómeno conocido como la “apertura económica” y ello se puede ver reflejado en el artículo 365 ibidem, donde se señala que los particulares pueden prestar dichos servicios y, según esto, parte de la doctrina ha señalado que esto puede revestir a la actividad de un contenido económico. En virtud de este artículo, se abre la puerta a que se le extiendan a estos servicios las garantías propias de una actividad económica. La lógica, según Barreto (2017) es la siguiente:

La Constitución tiene ciertas garantías para las actividades económicas, y los servicios públicos según la propia Carta Política pueden tener connotación de actividad económica; luego, las garantías constitucionales que se predicán de las actividades económicas en general, también se predicán de los servicios públicos en tanto son actividades económicas. (pp. 4-5).

En conclusión, lo que se quiere señalar es que la Carta Magna no desconoce el nuevo modelo económico que es adoptado, al punto que le reconoce ciertos derechos y garantías.

Una de estas garantías constitucionales otorgadas, es el principio de la libre competencia, señalado por el artículo 333 ibidem, que establece que la libre competencia estimula la iniciativa empresarial y es deber del Estado incentivar la misma. Al respecto, Correa Henao (2017) ha dicho:

La libre competencia constituye el elemento sustancial del sistema económico establecido. Porque la economía del mercado para ser libre debe ser a la vez concurrente, ya que solo con la

competencia se asegura que el ejercicio de la iniciativa económica redundará en los resultados más eficientes y adecuados a los objetivos constitucionales. (pp. 157).

Con esto, se deduce que la libre competencia económica, a la luz de lo consagrado por la Constitución, es un derecho y una garantía establecida por dicha Carta para las actividades económicas. A su vez, se entiende que el Estado debe promover que los servicios públicos sean prestados en un ambiente donde prime la libre competencia, autorizando a los particulares a que los presten o a que se organicen en comunidades para dicho cometido.

Con este nuevo modelo económico. Surge un planteamiento, por llamar a los “servicios públicos” como “bienes del mercado”, dado que estos están dentro de la libre competencia. Esto debido que, al ver que el Estado ha sido incapaz de prestar estos servicios públicos -pues tuvo que entrar a competir en un mercado del cual no es experto-, los particulares han asumido esa prestación y, por tanto, ya no se puede hablar de que el Estado es el único prestador de dichos servicios. Así mismo, al ser bienes del mercado, no se pueden entender entonces que no son ni función pública ni función administrativa⁴. Sin embargo, el Profesor David Suarez expresa que, si bien se implementa este nuevo modelo económico, por ningún motivo puede entenderse que el Estado ya no es prestador de servicios públicos y mucho menos, que dejan de ser servicios públicos. Esto debido que no se puede perder de vista el artículo 365 de la Constitución, el cual expresa que los servicios públicos son inherentes a la noción de Estado Social de Derecho y que

⁴ Es importante precisar a qué se refiere con función pública y función administrativa. Para Atehortúa (2003) función pública corresponde a “el ejercicio de una potestad o poder especial que el ordenamiento jurídico reconoce que puede ser ejercida por el propio Estado o por los particulares, pero que siempre desarrolla una atribución que reconoce la Ley; si la Ley explícitamente no la reconoce no puede ejercerse como sería el caso del ejercicio de las atribuciones propias de los tribunales de arbitramento, y función administrativa es la que le corresponde al Estado en ejercicio de su actividad de gobierno, que en general es la función estatal diferente a las de legislar y juzgar, y que en algunos casos y bajo su titularidad puede delegar en los particulares” (p. 46).

estos servicios serán prestados tanto por el Estado, como por particulares, es decir, si bien se le otorga la posibilidad de que privados presten estos servicios, el Estado también lo sigue haciendo.

Además, por un tema que es supremamente importante y es que no se puede desconocer que tanto la actividad monopólica como la libre competencia tienen vicios; por un lado, respectivamente, hay corrupción, lentitud, ineficacia, politiquería; y por el otro lado, hay vicios como el oligopolio, el abuso de la posición dominante, la competencia desleal, los acuerdos de precios de los carteles; y es ahí donde surge la necesidad de que el Estado siga regulando, vigilando y controlando todas estas actividades. Una cosa es que se privatice, o se entregue a los privados la prestación de ciertos servicios, o el ejercicio de ciertas funciones de esta actividad, pero hay algo que es supremamente importante y es que el Estado siempre debe mantener, independientemente de quién sea el prestador, la regulación, la inspección y el control y vigilancia.

Ahora bien, alejándose un poco de lo sucedido con la implementación de la Constitución de 1991, en 1993 se expide la Ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y para efectos de la contratación, define los servicios públicos como:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca perseverar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines (Ley 80, 1993, artículo 2, numeral 3).

En ese orden de ideas, se puede observar que en esta ley se sigue manteniendo la estrecha relación que existe entre los fines del Estado y la prestación de los servicios públicos,

entendiendo a estos últimos como el medio a través del cual se satisfacen los intereses generales de la comunidad, que no es más que el propósito y deber principal del Estado. Además, la definición que se consagra allí es un claro ejemplo de la adopción de la noción del servicio público señalada por la doctrina francesa.

Por su parte, la Corte Constitucional en 1992 en sentencia T-540, con magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, señala:

La noción de servicio público expresa una transformación que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo – Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano – servidores públicos. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP Art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros (como se citó en Suárez, 2010, p.113-114).

Con esta noción expresada por la Corte Constitucional, se puede evidenciar que, en Colombia, se sigue usando la noción clásica del servicio público de la Escuela de Burdeos. Por último, en sentencia C- 450 de 4 de octubre de 1995, con magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, se indicó que una forma de identificar que se está frente a un servicio público es “cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección y realización de derechos y libertades fundamentales” (Corte Constitucional, Sentencia C-450, 1995).

2.2.1. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

Como se señaló anteriormente, la Constitución Política de Colombia, en sus artículos 365 al 370, regula el tema de los servicios públicos y de los servicios públicos domiciliarios. Así pues, en desarrollo de estos 5 artículos surge la necesidad de regular la materia en una ley especial y como consecuencia de ello, se expide la Ley 142 de 1994. Es importante aclarar un punto y es que la clasificación de los servicios públicos como “domiciliarios” es meramente un capricho del legislador, o sea, es resultado exclusivamente de una decisión del legislador. Esto es lo que se conoce en el mundo del derecho público como *la publicatio*. Cuando se habla de *la publicatio*, lo que se quiere afirmar con esto es que la definición de algo como servicio público y la categoría que adopte dentro del servicio público, (domiciliario o no), depende básicamente de la decisión del legislador. Se puede afirmar entonces que el término de “servicios públicos domiciliarios” corresponde a una especie del género “servicio público”.

Antes de profundizar en la Ley 142 de 1994, ley de servicios públicos domiciliarios, es pertinente enunciarlos y definir qué se entiende por servicio público domiciliario. Así las cosas, el artículo 14, ítem 21, menciona cuáles son estos servicios: “Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible” (Ley 142 de 1994).

En cuanto a su conceptualización, se debe señalar que, a lo largo del tiempo, no ha sido posible establecer una definición unificadora al respecto, pues de dicha definición se desglosan distintas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia T-578 de 1992 señala:

Los servicios públicos “domiciliarios” son aquellos que se

presentan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. (Corte Constitucional, Sentencia T-578/92).

En cuanto a esta noción, se afirma que debe haber concurrencia de tres elementos, para poder determinar que un servicio público, es, a su vez, domiciliario. Los tres elementos son: I) que dicho servicio se reciba en el domicilio de las personas, que bien puede ser el lugar de habitación de estas, donde trabajan; sin embargo, debe aclararse que estos servicios también pueden ser recibidos en universidades, colegios, hospitales, parque, entre otros. II) deben ser prestados a través de redes físicas o humanas con puntos terminales. III) que con la prestación se satisfagan necesidades esenciales de las personas. Pese a esto, en el actual ordenamiento jurídico, se pueden encontrar distintos servicios públicos, que no han sido categorizados como “domiciliarios”, pero que llegan hasta el domicilio de los habitantes, tales como los de televisión, radiodifusión sonora y el correo, por lo tanto, entonces, termina siendo, como lo afirma Atehortúa (1998) “solamente el criterio de derecho positivo, o la calificación por vía legal lo que en Colombia distingue los servicios domiciliarios de otros que, aunque también llegan al domicilio no tienen esa condición legal” (p.30).

Esto último entonces reafirma la posición que se había adoptado al principio de este apartado y es que en Colombia, esa clasificación de “domiciliarios” corresponde meramente a una decisión legislativa, pues si bien la Corte plantea una noción de esta clasificación, noción que aún se comparte y nos dice que son aquellos que llegan al domicilio o que se disfrutan en el

domicilio de las personas, se evidencia que existen servicios públicos que aunque llegan a los lugares de residencia, el Legislador no los clasificó como “domiciliarios”.

Adicionalmente, clasificar a un servicio como domiciliario trae consigo una serie de consecuencias jurídicas tanto constitucionales como legales. Tales consecuencias, como aduce Atehortúa (1998), son:

SERVICIO PÚBLICO COMO CRITERIO GENERAL

1. Mandato constitucional, art. 333 C.P. Está intervenido por el Estado como interventor en la economía. (p.27).
2. El Estado debe garantizar y velar por la debida prestación de los servicios, prestación eficiente (art. 335 C.P). (p.27).
3. El régimen es legal. Sin embargo, las entidades territoriales pueden reglamentar estas prestaciones (art. 365 C.P). (p.27).
4. Pueden ser prestados directamente por el Estado o indirectamente por particulares o comunidades organizadas (art. 365 C.P). (p.28).
5. El Estado sigue siendo el responsable de la regulación, control y vigilancia en la prestación de los servicios públicos (art. 365 C.P). (p.28).
6. El Estado debe velar porque la prestación sea en un mercado de libre competencia tanto entre sujetos privados como entre públicos.

COMO SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

1. Requiere de Ley especial para su regulación, pues cuenta con un régimen jurídico especial por el contenido de su materia. (p.28).
2. La Ley especial debe fijar las competencias y responsabilidades con respecto a la prestación de los servicios (art. 367 C.P). (p.28).
3. Estos servicios deberán ser prestados directamente por cada municipio “cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permiten y lo aconsejan” (C.P. art 367). (p.29).
4. Establecer todo lo relacionado a la cobertura, calidad y financiación de esta prestación.
5. Establecer el régimen tarifario y el régimen de protección de los usuarios. (p.28).
6. En los servicios públicos domiciliarios, se autoriza, como una excepción a la prohibición general, a la Nación, entidades territoriales y descentralizadas al reconocimiento y pago de subsidios para los consumos básicos de los usuarios de menores ingresos. (p.29).
7. El Presidente de la República debe establecer las políticas generales de administración y control eficiente de los servicios públicos. (p.29).
8. No menos importante, el Presidente debe controlar, inspeccionar y vigilar a aquellas entidades que presten estos servicios, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios. (p.29).

Una de las consecuencias que se mencionaba con respecto a la clasificación de un servicio público como domiciliario, es que están sometidos, según el artículo 367 de la Constitución Política de Colombia, a un régimen jurídico especial, dentro del cual se encuentra actualmente la Ley 142 de 1994. Así las cosas, el artículo primero de esta ley señala que son servicios públicos domiciliarios los de alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Cuando se dice que estos servicios son servicios públicos domiciliarios, esto se traduce en que tales servicios están íntimamente relacionados con la calidad de vida de las personas, entendiendo que sin estos servicios las personas carecerían de un medio a través del cual vean sus necesidades satisfechas, lo cual truncaría el desarrollo de sus vidas.

El artículo primero de dicha ley dispone que esta normativa será aplicada no solo a esos servicios enunciados de manera taxativa, sino también a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos señalados en el artículo 15 de la ley, y a las actividades complementarias definidas por el Capítulo II de ese mismo título y a los otros servicios previstos en normas especiales de la ley.

Otro punto que es importante señalar alrededor de la Ley de servicios públicos domiciliarios consiste en que ella es un ejemplo claro de la intervención del Estado en el mercado, tal y como fue querido con la implementación de la Constitución Política de 1991. Esto, gracias a que el artículo 15 de la Ley en mención, establece que estos servicios podrán ser prestados no solo por el Estado directamente, sino también por particulares o por comunidades organizadas, lo que demuestra que el Estado entra a competir en un mercado económico en donde perfectamente los particulares pueden ser sus pares, donde lo que realmente interesa no es quién preste estos servicios, sino cómo, resultara entonces, que quien sea más eficiente al

momento de prestarlos será quien lo haga. Con respecto a quién presta los servicios, hay una discusión relevante en torno a esto y es que muchos llegaron incluso a decir que lo que se buscaba realmente con estos cambios era la privatización de las empresas estatales. Sin embargo, como bien muestra la Constitución Política en sus artículos, en ningún momento se optó por este fenómeno, sino por la liberalización.

Con respecto a esto último, el profesor David Suárez (2010) señala lo siguiente:

Se pasa entonces de un modelo de estatización monopólico, a un modelo de liberalización, según el cual, tanto prestadores estatales como particulares podrán competir en el mercado. De ahí que se señale expresamente que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado – directa o indirectamente – por particulares, y por comunidades organizadas. La Constitución de 1991 no hace *per se* un llamado a la privatización, no se da un mandato constitucional en el sentido de que las empresas estatales de servicios públicos deban venderse o privatizarse; ni hay un mandato constitucional para que los servicios públicos sean una actividad que deban prestarse de manera exclusiva o preferente los particulares o el sector privado. Lo que se consagra, se insiste, es la libre competencia, la libertad de concurrencia entre el sector

privado y el público, no la prevalencia del uno sobre el otro. (pp. 116).

En conclusión, y en concordancia con lo últimamente mencionado, se evidencia que si bien los servicios públicos y en especial los domiciliarios pueden ser prestados por particulares o por comunidades organizadas, no se puede desconocer que si en algún momento estas empresas no pueden prestar un servicio de estos en un municipio, por ejemplo, por las dificultades de acceso a él, “es el municipio quien debe asumir inmediatamente la prestación de los servicios (artículo 6 de la Ley 142 de 1994), pues estos deben, independientemente de quién los preste, ser prestados continuamente. Así las cosas, se está frente a un sistema mixto, esto es, tanto el Estado como particulares prestando servicios públicos domiciliarios; sin olvidar que el Estado además tiene un deber y es que, en materia del nuevo modelo económico, el Estado es intervencionista, en tanto sigue regulando, controlando y vigilando estas prestaciones, pero permitiendo y promulgando la libre competencia. En últimas, la regulación del Estado no es otra cosa que una técnica de intervención de este en la economía.

El Estado, en pro de ejercer su rol garantizador e intervencionista, lo hace a través de las Comisiones de Regulación, las cuales fueron creadas por la Ley 142 de 1992. Según el artículo 68 de la presente ley, el Presidente de la República puede delegar a las comisiones de regulación sus políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. El artículo que le sigue, el 69, señala las siguientes comisiones:

- Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG): adscrita al Ministerio de Minas y de Energía.

- Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC): con la Ley 1341 de 2009, la CRT ya se denomina CRC. Adscrita al Ministerio de las Nuevas Tecnologías de la información y las Comunicaciones.
- Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA): adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Cabe anotar que estas comisiones de regulación fueron creadas como unidades administrativas con independencia tanto administrativa, como técnica y patrimonial. Sin embargo, pese a ello, no se puede desconocer que dichas comisiones siguen estando adscritas a los Ministerios, cosa que detona entonces este poder de vigilancia y control del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; vigilancia y control que debe ser ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos, tal y como se señala en el artículo tercero de la presente ley.

En conclusión, un servicio es de carácter público cuando con él se pretende satisfacer necesidades, satisfechas o no, de una colectividad, en donde lo que prima es el carácter general de estas necesidades. Por su parte, los servicios públicos, como son de interés general, deben ser prestados, de manera directa o indirecta, por el Estado, pero en cabeza de él siempre estará la función de vigilancia y control de dichos servicios.

2.2.2. SERVICIO PÚBLICO NO DOMICILIARIO

Como se mencionó en el numeral anterior, cuando el legislador determina que un servicio público es domiciliario o no, simplemente hace uso de lo que se ha denominado como *la publicatio* en el derecho público. Así las cosas, como bien se señalaba, hay una clasificación que corresponde a los servicios públicos domiciliarios, servicios que ya fueron explicados. Sin

embargo, en la Ley 142 de 1994, la ley en donde se señala qué es un servicio público domiciliario, se explica que son aquellos que se reciben en el domicilio o en el lugar de habitación de las personas o en sus lugares de trabajo, o, como se mencionó en apartados anteriores que se reciben en hospitales, universidades, colegios, entre otros. Este criterio, el del domicilio, se puede entender entonces como determinante en el momento en que se quiere distinguir a un servicio público como domiciliario.

Ahora bien, esta misma dinámica no la tuvo el legislador con respecto a los servicios públicos no domiciliarios. Es decir, el legislador no expidió una ley especial que recogiera todos aquellos servicios públicos que quedaron por fuera de la Ley 142 y que, podría decirse que no son domiciliarios, por no estar incluidos en la misma, pese a que cumplen con los criterios de clasificación definidos en dicha ley. Sin embargo, esta posición no es compartida por todos, en especial por Carlos Alberto Atehortúa Ríos (2006) quien señala “La ecuación Ley 142 de 1994 igual a ley de servicios públicos domiciliarios no es correcta, porque no regula a todos los servicios que tienen la condición material de públicos domiciliarios” (p. 56).

Uno de los temas más importantes a tener en cuenta en cuanto a los servicios públicos no domiciliarios es que para los que sí son domiciliarios, la Constitución Política de 1991, en el artículo 368 señala que ellos podrán ser subsidiados, en una parte, para que las personas de menores ingresos puedan acceder a esos servicios públicos domiciliarios básicos. Por lo tanto, entonces, es importante señalar esta diferencia y mostrar que para todo servicio público no domiciliario desaparece esta posibilidad de subsidio. Pero como toda regla tiene su excepción, la ley sí permite, por ejemplo, que, en temas de vivienda, salud y ciencia y tecnología, existan estos subsidios.

El servicio de telefonía móvil, el servicio de seguridad social., el de educación y la salud, entre otros, son ejemplos de servicios públicos no domiciliarios en Colombia.

Con este capítulo, lo que se quiso mostrar es que, en Colombia, el Legislador, estableció que habían servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios.

2.3. LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIO PÚBLICO

Por último, es importante detenerse un poco en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones en Colombia. Para nadie es un secreto la importancia que ha tenido este sector en el desarrollo de la economía, no solo en Colombia, sino en el mundo entero. Los avances tecnológicos que han surgido van de la mano del crecimiento de la economía de los países, ya que dichos avances permiten que las comunidades desarrollen nuevos estilos de vida, que crezcan y se desarrollen. Adicionalmente, el concepto de las telecomunicaciones ha ido generando entre las personas un mayor bienestar, esto es, dado que el mundo entero ha evolucionado a pasos agigantados en esta materia, se ha vuelto indispensable el uso de las telecomunicaciones en la manera de vivir de las personas. Esto genera bienestar entre los habitantes, pues es casi impensable que una comunidad, hoy en día, subsista sin un medio de telecomunicación. Esto último se traduce en que a medida en que dichos avances tecnológicos generan en la comunidad un nivel mayor de satisfacción, no se les puede desconocer a ellas, su carácter de servicio público.

Referirse a que las telecomunicaciones son un servicio público trae consigo una serie de implicaciones referidas anteriormente. No obstante, debe detallarse un poco cómo ha sido la evolución de este sector dentro del ordenamiento jurídico colombiano y sus distintas consecuencias.

Es importante advertir que, como lo señala Manuel José Cárdenas:

En Colombia, como en la mayoría de los países, el Estado se encargó inicialmente de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, lo que en términos modernos podría definirse como prestación directa de dichos servicios, lo cual se traducía en un monopolio (como se citó en Botero Rico, 2016, p. 19.20).

Esto significaba entonces que el Estado se auto-atribuía no solo la función de controlar y vigilar, sino también la de regular. Era impensable, en ese momento, que el Estado permitiera o autorizara a distintas organizaciones o a particulares para que prestaran los servicios de las telecomunicaciones.

Pese a esto, este esquema normativo cambia con la expedición de la Ley 72 de 1989, pues en su artículo quinto no solo señala que los servicios de las telecomunicaciones son servicios públicos, sino además que el Estado los prestará de manera directa o a través de concesiones que podrá otorgar a personas naturales o jurídicas, sin perder de vista su función de controlar y vigilar. Es decir, se pasa de la prestación monopólica del Estado a una cooperación entre particulares para prestar estos servicios. Podría decirse entonces que con la expedición de la Ley 72 se inicia el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Colombia, facultando al Gobierno Nacional para expedir un decreto con fuerza de ley que regulara el sector de las telecomunicaciones, proceso que concluyó con la expedición del Decreto 1900 de 1990.

Hablando un poco de la Ley 72 de 1989, en la que se definen los nuevos conceptos y los principios sobre los cuales deben organizarse las telecomunicaciones en Colombia, ella, en su artículo segundo establece que “Se entiende por telecomunicaciones, toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza,

por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos” (Ley 72, 1989). Ahora bien, luego de definirlos, es importante señalar que esta misma ley, en su artículo primero, determina que los servicios de telecomunicaciones comprenderán, entre otros, los siguientes servicios “los servicios de telecomunicaciones, los servicios informáticos y de telemática, los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado y los servicios postales” (Ley 72, 1989).

Esta misma ley dispone que el Ministerio de Comunicaciones deberá ser quien coordine los diferentes servicios que serán prestados por las Entidades adscritas a este Ministerio. Esto, en concordancia con lo que se ha venido señalando, se refiere a que el Estado radica en el Ministerio de Comunicaciones esa función de control y vigilancia. Por otro lado, en lo que respecta a las concesiones, la ley señala que estas podrán ser otorgadas o por medio de contratos o a través de licencias. Aquellas personas, naturales o jurídicas, que sean autorizadas por el Estado para prestar estos servicios de telecomunicaciones, como obligación recíproca, deberán pagar las tasas o las tarifas fijadas por el Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, con respecto a esto último, la ley trae una excepción: “a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión” (Ley 72, 1989, art. 7). Para ese entonces, se concentraba esa función del Estado de controlar y vigilar en dos entidades que estaban adscritas al Ministerio de Comunicaciones que son: TELECOM e INRAVISIÓN.⁵

Ahora bien, en el año 1990 se expide el Decreto 1900, con el cual se reafirma el proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Como se señalaba en el punto del servicio público, para esta época, Colombia estaba viviendo un proceso de liberalización, producto de las

⁵ INRAVISIÓN era el Instituto Nacional de Radio y Televisión de Colombia, fue creado por el Decreto 3267 en 1963. En dicho Decreto, se señalaba que la radiodifusión y la televisión eran un servicio público a cargo del Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, desaparece en el año 2004.

tendencias económicas neoliberales adoptadas a nivel mundial y de la progresiva desmonopolización de los distintos servicios públicos, especialmente de las telecomunicaciones. Adicionalmente, dada la evolución de los avances y de las nuevas tecnologías y de la constante transformación del sector, se evidenció una problemática y es que el Estado, como prestador directo de estos servicios de telecomunicaciones, carecía de los recursos necesarios para poder ingresar al país todos estos avances en lo que respecta a dicha materia, lo que mostró la gran necesidad de inversión de capital para garantizar la efectiva prestación de dichos servicios. Cada vez más, según Botero Rico (2016) “se abandonaba la tradicional concepción del Estado de bienestar prestador de servicios y se adoptaba la liberalización como modelo basado en la oferta, la demanda y las economías de escala” (p. 22).

Dicho Decreto adopta la misma definición expuesta en la Ley 72, con respecto a qué son las telecomunicaciones. Señala, además, en su artículo cuarto lo siguiente:

Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto” (Decreto 1900, 1990).

Ratifica entonces la implementación de un nuevo modelo, en donde tanto particulares como entidades estatales entren a prestar los servicios de telecomunicaciones a la par. En el artículo quinto, ratifica la competencia dada por la Ley 72 al Ministerio de Comunicaciones, de ejercer las funciones de planeación, control y regulación de las telecomunicaciones.

Posteriormente, en el año 1991, también se abordó este tema, específicamente en la Asamblea Nacional Constituyente en la gaceta constitucional N° 96, en donde la constituyente María Teresa Garcés Lloreda, manifiesta:

Es por eso que los servicios básicos de telecomunicaciones deben continuar majeados por el Estado, sin perjuicio de que este pueda confiar la prestación de algunos servicios de valor agregado a los particulares, bajo su control y acatamiento a sus normas sobre calidad y homologación de equipos que aseguren la compatibilidad (como se citó en Botero Rico, 2016, p. 22-23).

Luego, con la expedición de la nueva Constitución Política de 1991, como se mencionaba anteriormente, allí se consagra un nuevo modelo económico en el cual lo que se pretende es que el Estado intervenga en un mercado competitivo, que vele por la libre competencia. Esto se puede evidenciar en el artículo 365 ibidem, donde se señalan dos cosas: I) que los servicios públicos, entre ellos los servicios de telecomunicaciones, son inherentes a las finalidades del Estado; II) que estos servicios públicos serán prestados tanto por el Estado, directamente o indirectamente, a través de particulares o de comunidades organizadas, lo que permite concluir entonces que el Estado, buscando siempre la libre competencia, faculta a los particulares a organizarse en comunidades para que presten estos servicios y compitan en un mercado económico distinto.

Como consecuencia de esta nueva implementación, en el país hoy existen operadores y prestadores privados de telecomunicaciones, así como distintas entidades estatales encargadas de vigilar y controlar estas prestaciones. Cabe resaltar que este esquema ha permanecido intacto hasta la fecha, es decir, el manejo normativo de las telecomunicaciones sigue siendo el mismo, en el sentido en que tanto el Estado como particulares, independientemente de la forma en que

se organicen, son prestadores de estos servicios, compitiendo entre ellos para prestar un mejor servicio; sin olvidar que en cabeza del Estado sigue estando las funciones de regulación, control y vigilancia.

Luego, en el año 1993 se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, Ley 80. En el artículo 33 de esta norma, se expresa lo siguiente:

Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para su uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes. (Ley 80, 1993).

En los tres artículos siguientes de esta misma ley se dispone todo lo relacionado con la concesión de los servicios de las telecomunicaciones, que como bien se señalaba anteriormente, pueden hacerse a través de contratos o en virtud de licencias y cuál debe ser la modalidad, dependiendo del servicio, la que debe usarse y el plazo de dichos actos.

En ese mismo año se expidió la Ley 37 (hoy derogada) que regulaba todo lo relacionado a la telefonía móvil celular. En ella, en su artículo primero, se señalaba que la telefonía móvil celular era un servicio público de telecomunicaciones no domiciliario. Definía, además, que la telefonía móvil celular era aquella que facilita la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red pública conmutada, entre aquellos y los fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular. Igualmente, señalaba esta ley en su artículo tercero, lo siguiente:

El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia (Ley 37, 1993).

Este último artículo disponía que este servicio público, el de la telefonía móvil celular, podrá ser prestado por el Estado, a través de sus entidades, o por privados, o por empresas de naturaleza mixta.

Un año después, en 1994, se expide la Ley 142 más conocida como Ley de los servicios públicos domiciliarios. Si bien en el apartado de los servicios públicos domiciliarios se hizo énfasis en dicha ley, es importante traer en este momento, nuevamente, lo señalado por el

artículo primero y que expone una lista taxativa de aquellos servicios que son considerados como servicios públicos domiciliarios, entre los cuales se encuentra al servicio de telefonía fija pública básica conmutada. Por su parte, el artículo 14 de la presente ley, concentrado, de una manera más detalla, en los servicios públicos considerados como domiciliarios, en uno de sus numerales, el 14.26, define al servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada así:

Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional (Ley 142, 1994).

El numeral que le sigue, el 14.27, determina que el servicio público de larga distancia nacional e internacional es: “el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior” (Ley 142, 1994).

Al año siguiente, en 1995, empezó a regir la Ley 182, por medio de la cual se reglamenta el servicio de telefonía y se conforma la Comisión Nacional de Televisión. El artículo primero de esta Ley dispone que el servicio de televisión es un servicio público sujeto a la titularidad del Estado, es decir, le corresponde entonces al Estado ejercer la función de control y vigilancia en esta materia. Este primer artículo es supremamente importante, pues no solo señala que el Estado, en este tipo de servicios, sigue ejerciendo dichas funciones, sino que además no clasifica al servicio de televisión como un servicio público domiciliario. Y, por último, indica también la posibilidad de que estos servicios sean prestados tanto por el Estado, como por particulares o por comunidades organizadas.

Cinco años después, en el 2000, se expide la Ley 555, por medio de la cual se regulan los Servicios de Comunicación Personal. El artículo dos de dicha ley señala:

Los Servicios de Comunicación PCS son servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Estos servicios permiten la transmisión de voz, de datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones (Ley 555, 2000).

Por último, en cuanto a la evolución normativa de las telecomunicaciones en Colombia, se encuentra la Ley 1341 de 2009, conocida comúnmente como Ley TICS (tecnologías de la información y las comunicaciones), la cual tiene por finalidad regular todo lo concerniente al sector de las Tecnologías de Información y Las Comunicaciones. Dicha ley, trae consigo una cantidad de cambios con respecto a las telecomunicaciones, tales como:

1. La ley señala que los empresas prestadoras de estos servicios ya no se denominarán operadores, sino proveedores de redes y servicios. Así las cosas, se podría señalar, por ejemplo, que UNE EPM Telecomunicaciones es un proveedor de redes y servicios.
2. Ya no se refiere de tarifas. El artículo 23 ibidem establece que los proveedores de redes y servicios podrán fijar libremente los precios a los usuarios, y que solo en aquellos casos en los que la Comisión de Regulación de Comunicaciones

considere que dichos precios no son razonables con respecto a lo ofertado en el mercado, podrá intervenir en su regulación. Esto significa entonces que, aun existiendo libertad en la fijación de estos precios, como de uno de sus principios es la libre competencia, la Comisión de Regulación de Comunicaciones podrá intervenir allí cuando se está dando un mal uso, cuando existen fallas en el mercado, asimetrías y abuso de posiciones dominantes.

3. Uno de los cambios más significativos de esta ley es con respecto al servicio de telefonía básica local conmutada, recordando que, al respecto, la Ley 142 en su artículo primero había establecido que era un servicio público de carácter domiciliario. Pues bien, en la parte final de la presente ley, se establece que este servicio no se seguirá rigiendo por la Ley 142, quitándole entonces esta denominación de “domiciliarios”, seguirá siendo un servicio público, pero no domiciliario.
4. Una de las consecuencias de establecer que la telefonía básica local conmutada ya no es domiciliario, es el tema de los subsidios. Es decir, la Constitución Política de 1991, en su artículo 368 señala que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán ofrecer subsidios a las personas de menores ingresos para que puedan pagar sus servicios públicos domiciliarios básicos. En cuanto a los servicios públicos no domiciliarios, no señala lo mismo. Por lo tanto, al establecer la Ley 1341/09 que la telefonía básica local conmutada ya no será domiciliario, imposibilita otorgar el subsidio.

5. Amplia el ámbito de aplicación de la ley, pues, como su nombre lo indica, es una ley de “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, definiéndolas, en su artículo 6 como:

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones junto con la CRC, deberán expedir el glosario de las definiciones acordes con los postulados de la UIT y otros organismos internacionales con los cuales sea Colombia firmante de protocolos referidos a estas materias (Ley 1341, 2009).

Tal y como lo señala Botero Rico (2016), y conforme a lo establecido por el artículo segundo del Decreto 1900 de 1990, la normativa actual, no hace una separación clara entre la información y los medios para su transmisión y recepción; lo que significa entonces que el ámbito de aplicación de esta ley es mucho más grande, pues no solo será aplicable a las telecomunicaciones, sino también a los medios a través de los cuales se transmiten.

Cabe anotar un tema importante sobre la vigencia y derogatoria de dicha ley. La Ley 1341 en su artículo 73 precisa que, con la promulgación de la misma, se derogan todas aquellas disposiciones que le sean contrarias:

En especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33,

34, 35 Y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6° de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente Ley (Ley 1341, 2009).

Por último, es importante destacar que, sin importar el carácter de domiciliario o no, el servicio de las telecomunicaciones en Colombia sigue siendo un servicio de carácter público y de allí se desprenderán todas las implicaciones que llevan consigo denominar a un servicio como público y las cuales se han mencionado a lo largo de este capítulo. Se reitera que, a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009, todos los servicios de telecomunicaciones son no domiciliarios.

CAPÍTULO III SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA COMO PRESTADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

3.1. NATURALEZA JURÍDICA

En primer lugar, antes de entrar en materia y establecer cuál es la naturaleza jurídica de aquellas sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, es pertinente repasar un poco el concepto de sociedad de economía mixta. Así las cosas, una sociedad de economía mixta es aquella en la cual coexisten tanto capital privado como capital público, buscando una alianza de colaboración entre lo público y lo privado.

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone en su artículo 150, numeral 7, que una de las funciones del Congreso es: “(...) Crear o autorizar la constitución de

empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.” (Constitución Política de Colombia 1991).

Es importante aclarar que las definiciones sobre la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas o privadas de la ley 142 de 1994, no aplican a las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, sin embargo, es preciso, abordar qué se ha entendido por “sociedad de economía mixta” en las diferentes disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Ley 142 de 1994, en su artículo 14, enumera una serie de conceptos definidos para esta ley, dentro de las cuales dispone qué se entiende por empresa de servicios públicos oficial (numeral 5), por empresa de servicios públicos mixta (numeral 6) y por empresa de servicios públicos privada (numeral 7). Define que una empresa de servicios públicos es oficial cuando la Nación, las entidades territoriales o entidades descentralizadas, aportan el 100% del capital. Será mixta cuando la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas, aporten un porcentaje igual o superior al 50% del capital de dicha empresa. Por último, define que una empresa de servicios públicos es privada cuando el capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales.

Así mismo, tanto el artículo 300 como el 313 de la Constitución Política de Colombia, numeral 7 y 6, respectivamente, dispone esto mismo para las creaciones de las sociedades de economía mixta del orden departamental como municipal. Por su parte, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala lo siguiente:

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. (Ley 489. 1998).

Este artículo, contenía originalmente una particularidad – la cual fue declarada inexecutable- que señalaba que, para que una sociedad pudiese considerarse estrictamente como “de economía mixta”, el capital público no podía ser inferior al 50%. Es decir, una sociedad en donde el Estado tuviese capital y dicho capital fuese inferior al 50%, no era considerada como una sociedad de economía mixta. Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 1999 impuso un límite frente a esta disposición. En esta sentencia, lo que se dispone es que ni en el artículo 150, 300 ni en el 313 de la Constitución Política de 1991, en donde se expresa la creación de las sociedades de economía mixta, se señala porcentaje alguno requerido para dicha constitución. Por lo tanto, de acuerdo con la Corte Constitucional, lo único necesario para la creación de una sociedad de economía mixta es la voluntad o autorización del legislador cuando es de orden nacional, de la asamblea cuando es de orden departamental o del concejo cuando es de orden municipal, sin necesidad de un porcentaje específico para ello.

En esta misma Sentencia, la Corte explica 3 puntos importantes. El primero es que precisamente lo que le da este carácter de “mixta” a este tipo de sociedades es que se comparten capitales de orígenes distintos, es decir, solo se requiere que coexistan recursos públicos y privados. El segundo punto consiste en que esta característica de “mixtas” es lo que les determina el régimen jurídico aplicable, 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.” (Corte Constitucional, Sentencia C-953/1999).

El tercer punto importante de esta sentencia es que, tal como lo señala Núñez (2017), el hecho de que el artículo 210 de la Carta Magna señale que la ley es quien debe determinar el régimen jurídico aplicable a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta, no significa que al hacerlo, pueda disponer que si la participación del Estado en dichas empresas es menor al 50%, ellas dejen de ostentar su naturaleza jurídica de empresas de economía mixta. No obstante, el legislador, como una de sus atribuciones constitucionales, puede establecer regímenes jurídicos diferenciados por disponer de libertad de configuración legislativa (p. 325).

No obstante, se evidencia que este concepto señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-953/99 dista, en mucho, a lo mencionado por los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142, en cuanto el numeral 6 limita el carácter de “mixta” a solo aquellas empresas donde el Estado tenga el 50% o más del capital, y la Corte había señalado que, una sociedad es de carácter mixto cuando, sin importar el porcentaje, hay capital público y privado. Además, por lo señalado en el numeral 7, en donde se les da tratamiento de “privado” a aquellas sociedades en las cuales el capital público era inferior al 50%, contrario a lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-953 en donde solo eran “privadas” aquellas empresas que tenían el 100% del capital privado.

La reflexión más importante que deja esta sentencia, la C-953 de 1999 es que declara inexecutable la palabra “50% o más” del artículo 97 de la Ley 489 de 1999, dejando como consecuencia que se dé el carácter de “mixta” a una sociedad cuando tenga en su capital, sin importar cuánto, participación estatal y privada. Este fallo es importante para la materia aquí tratada.

Adicionalmente, conviene mencionar señalar la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual en su artículo segundo numeral *a* indica cuáles son las entidades estatales, para el caso de esta ley:

La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en la que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera que ella sea la denominación, en todos los órdenes y niveles. (Ley 80, 1993).

Esta disposición no fue para nada pacífica. En el año 2003, se demanda la expresión del artículo 2 de la Ley 80, que dice :“en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento 50%” por considerar que viola lo dispuesto en los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política, en cuanto solo aquellas sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50% tienen el carácter de entidades estatales y se sujetan, por ende, a las reglas establecidas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, excluyendo de este a aquellas sociedades de economía mixta en donde la participación estatal es igual o inferior del 50%. El demandante consideró una grave violación y un riesgo enorme al dejar sin control alguno a una cantidad de dineros que, por ser públicos, deben estar vigilados. En la Sentencia C- 629 del 29 de julio de 2003, la Corte Constitucional precisó que el hecho de que el legislador consagre un régimen especial para las sociedades de economía mixta no significa una violación a estos artículos. La Alta Corte Constitucional (2003)

Precisó que no se adujo violación de los principios propios de la función administrativa, pues las sociedades de economía mixta no ostentan legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de “función administrativa” ya que conforme a la misma ley deben cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado. Además, el hecho de que el aporte estatal en el capital social de estas sociedades sea igual o inferior al 50%, no afecta el carácter institucional de la sociedad de economía mixta “como vinculada” al Estado. (Sentencia C-629 de 2003)

Por último, señala la Corte en esta sentencia que el hecho de que se excluya del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las sociedades de economía mixta con una participación estatal igual o inferior al 50% del capital, no quiere decir que de ellas se excluyan los principios que conforman la gestión de los recursos del Estado.

Posteriormente, el 19 de septiembre de 2007, se dicta una sentencia de la Corte Constitucional, la C-736, en la que se discuten un par de cosas concernientes a las empresas prestadoras de servicios públicos con capital público y privado, especialmente, si estas pueden estar dentro del género de sociedad de economía mixta. La Corte expresa lo siguiente:

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 concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de esta 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. Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “empresa de servicio públicos”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atienden a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. ciertamente el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define como vinculado a “la finalidad social del Estado”. (Corte Constitucional, Sentencia C-736/07).

La gran conclusión que deja este apartado de la Corte Constitucional es que a las empresas cuyo objeto social sea el de prestar servicios públicos, objeto de carácter especial según lo establecido en la Carta Magna en su artículo 365, no se les aplica el razonamiento de la Sentencia C-953 de 1999 y, por lo tanto, antes que sociedades de economía mixta, sociedades

entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, son entidades de naturaleza especial. La Corte fundamenta su posición en la interpretación que realiza del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, pues en dicha disposición normativa se autoriza al legislador a crear entidades descentralizadas, dentro de las cuales se encuentran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, pero adicional también dice “otras entidades de orden nacional”. Para la Corte, esto significa que al legislador le habilita para crear otros organismos públicos o mixtos.

Es así como la Corte en esta sentencia, tal y como lo señala Núñez (2017), interpreta que aquel señalamiento en donde se dispone que las empresas de servicios públicos mixtas y privadas son sociedades de economía mixta, es completamente contrario a lo dispuesto en la Constitución. Por lo tanto, declara la constitucionalidad de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 que define las empresas de servicios públicos mixtas y privadas. (p.320)

Ahora bien, dado a que los servicios públicos de las telecomunicaciones fueron recogidos en una ley especial, ley que se supone reguló todo lo referente a ellas, la Ley 1341 de 2009, más conocida como Ley de TICS, es preciso examinar en dicha ley qué se dice acerca de las sociedades de economía mixta. De la interpretación de esta ley, se puede concluir que no establece qué se entiende, bajo el modelo de las TICS, por sociedad de economía mixta. Con esto, se evidencia un primer problema.

En conclusión, y recogiendo un poco el tema de las sociedades de economía mixta, se debe recordar que, para los servicios públicos domiciliarios, el artículo 14, numeral 7 de la Ley 142 de 1994 establece que, una sociedad de economía mixta es aquella en la que el capital público es igual o superior al 50% del capital suscrito y pagado de dicha sociedad. Por su parte la Ley 489 de 1998, que dicta normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del

orden nacional, disponía en el su artículo 97 que para que, en Colombia, una sociedad fuese considerada de economía mixta, el capital estatal debía ser superior al 50% del capital de la sociedad. Sin embargo, debe recordarse que esta expresión “más del 50%” fue demandada y posteriormente declara inexecutable en la Sentencia C-953 de 1999. Adicionalmente, en esta Sentencia se señala que una sociedad de economía mixta es toda aquella en la que éxito, dentro de su capital, exista participación estatal, sin importar el porcentaje. Es decir, según sentencia C-953/1999, en Colombia, para que surja una sociedad de economía mixta, resulta necesario, al menos, de un solo peso estatal para su nacimiento.

Sin embargo, en esta misma sentencia, la Corte da un giro inesperado a dicha interpretación porque, a reglón seguido, señala que el legislador, al momento de establecer el régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta, sí puede hacer diferencias de regímenes, de acuerdo con los porcentajes de participación. Un claro ejemplo de ello es el artículo 2 de la Ley 80, más conocida como El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual dispone que para efectos de Ley 80, serán entidades estatales aquellas sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 50%. Sobre este último punto, la Corte Constitucional hace una aclaración y es que aquellas sociedades en donde la participación estatal sea igual o inferior al 50% no dejan de ser igualmente sociedades de economía mixta, simplemente el régimen jurídico aplicable es el que las diferencia.

Ahora, con respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos, la Corte señala que les será aplicado lo dispuesto por el numeral 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142. Sin embargo, la Ley de TICS no dispone nada acerca de este tema.

Todo lo antes mencionado ha sido una forma de ilustrar cómo el legislador ha establecido qué se entiende por sociedad de economía mixta en cada una de las materias antes señaladas, pero dejando un vacío enorme frente a las telecomunicaciones, pues no dijo si para esta materia, las sociedades de economía mixta serán aquellas en donde haya participación estatal, sin importar su porcentaje, o si, por el contrario, serán todas aquellas en donde el capital estatal sea superior al 50%. O si habrá una interpretación especial sobre sociedades de economía mixta.

Ahora, la discusión que esto despliega es cuál es la naturaleza jurídica de las sociedades del sector de las telecomunicaciones en las que exista capital público y privado. En principio es importante volver a mencionar un artículo de la Constitución Política y del cual ya se ha venido mencionando y es el 365, el cual dispone que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o particulares. Por su parte, la Ley 489 de 1998, en su artículo 38, contiene un listado de organismos y entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público. En este artículo, el numeral F señala a las sociedades de economía mixta como parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios; y en el numeral G dispone los demás organismos o entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de esta rama.

Por su parte, el artículo 39 de esta misma ley, dispone:

La Administración Pública se integra por 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. (Ley 489, 1998).

Este punto ha sido ratificado por la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007, señalando que la noción de Rama Ejecutiva corresponde a la definición de Administración Pública Central y que conforme lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, estas entidades descentralizadas por servicios, se vinculan a la Rama Ejecutiva del poder público y por ende, a la Administración Pública. Señalar esto trae consigo una serie de consecuencias:

La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo regulado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su autorización o creación tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por

cual, en dichos niveles, las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial.(Corte Constitucional, Sentencia C-736/07).

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 210, establece que las entidades descentralizadas por servicios deben constituirse de acuerdo con los principios que orientan la actividad administrativa. Esto en últimas es un límite categórico al legislador. Es un límite, puesto que a reglón seguido señala que la ley puede establecer el régimen jurídico aplicable a estas entidades descentralizadas por servicios, pero siempre cumpliendo con los principios de la actividad administrativa.

Estos principios de la actividad administrativa están consagrados en los artículos 6, 29, 121, 122, 123, 209 y 210 de la Constitución Política de 1991, tal como lo mencionan Suárez y Pasqualotto (2018) como parte demandante en la Sentencia C- 306 de 2019, que enuncian principios como los de legalidad, debido proceso, publicidad de las actuaciones, de transparencia, de imparcialidad, de moralidad, de selección objetiva de contratistas, de selección por méritos de los empleados, de régimen de prohibiciones, de impedimentos, de inhabilidades e incompatibilidades, etc. (p.4). Estos principios han sido desarrollados igualmente por el artículo tercero de la Ley 489 de 1998, por el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, por la Ley 80 de

1993 y por la Ley 1150 de 2007. Estos preceptos son propios del derecho público – administrativo.

Ahora bien, la Ley 1341, señala en su artículo 10 que la provisión de redes y servicios de las TICS es un servicio público bajo la titularidad del Estado. Como se había mencionado anteriormente, las telecomunicaciones son servicios públicos que pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente a través de comunidades organizadas o por particulares, pero dado que son servicios públicos, deben estar siempre bajo el lente de protección del Estado, pues él es el garante de que dichos servicios se presten de manera eficaz, para todos y en todas partes.

En conclusión, debido a que las sociedades de economía mixta hacen parte de la Rama Ejecutiva, por ser descentralizadas por servicios, y que por esta condición deben cumplir con los principios de la función administrativa y, además que las telecomunicaciones son servicios públicos a cargo del Estado, se puede determinar que la naturaleza jurídica de estas entidades, según esta posición, es pública. O sea, puede afirmarse que se trata de sociedades de economía mixta que pertenecen a la rama ejecutiva.

La Corte Constitucional en Sentencia C-306 de 2019 señala que de la lectura integral de la Ley 1341 de 2009 se concluye que no determina cuál es la naturaleza jurídica de los proveedores de redes y servicios. Esta lectura va de la mano con la interpretación del artículo 55 de la presente ley. La Corte concluye, sin antes mencionar que no se ocupará de definir la naturaleza jurídica, que pueden existir distintas naturalezas jurídicas, que todo dependerá de la composición accionaria de estos proveedores de redes y servicios. Con respecto a las sociedades de economía mixta que prestan servicios de telecomunicaciones, lo único que menciona la Corte en esta Sentencia (2019) es:

Las sociedades de economía mixta, que se ajustan a la forma de sociedades por acciones, en virtud del inciso primero del artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Su naturaleza se deriva del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que dispone además que, cuando el aporte de la Nación sea superior al 90% del capital, tendrán el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. (Sentencia C-306 de 2019)

En conclusión, la Corte en dicha Sentencia no solucionó de fondo el problema acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta que presten servicios de telecomunicaciones, dejando una vez más a la interpretación de las normas por parte de quienes las vayan a aplicar.

Como en la Ley 1341 de 2009 no hay una definición para las sociedades de economía mixta del sector TICS y, como la Ley 142 del 1994 no es aplicable en este punto para este tipo de empresas entonces, las definiciones que deben aplicarse son las de la Ley 489 del 1998. Esto, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en virtud de los cuales se concluye que las sociedades de economía mixta son aquellas en las que existe capital público y privado, independientemente del porcentaje; estas consideraciones también resultan aplicables a este tipo de empresas.

3.2. RÉGIMEN JURÍDICO

Como se ha venido mencionando, una de las razones por las cuales el constituyente de 1991 autoriza a los particulares o a comunidades organizadas a prestar servicios públicos es precisamente para que la prestación de estos se desarrolle en un mercado competitivo, regido por

las reglas de la libertad de competencia, y en el que todos estuviesen en igualdad de condiciones, siempre en pro de la mejor prestación de los servicios. Con esto, los particulares empezaron a crear empresas para encargarse de esta actividad, pero el Estado debía darles una garantía y es que pudiesen tener un mejor y más amplio margen de maniobrabilidad, es decir, si bien es cierto que los particulares pueden prestar servicios públicos, esta prestación, para que fuese competitiva, debía hacerse con unas reglas distintas o no tan estrictas como las del derecho público.

Por tal razón, la Ley 1341 de 2009, en su artículo 55, señala lo siguiente:

Artículo 55: Régimen Jurídico de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: Los actos y contratos incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado. (Ley 1341, 2009).

Este artículo será uno de los artículos más importantes a analizar en lo que sigue. De la interpretación del artículo se concluye que el régimen jurídico aplicable a las actuaciones de los proveedores de las telecomunicaciones es el derecho privado, sin importar cuál sea la composición accionaria de estos proveedores. Sin embargo, es preciso realizar un análisis un poco más profundo.

Dada la incidencia que esto tiene en la materia que compete, el abogado y profesor de la Universidad EAFIT de Medellín, David Suárez Tamayo junto con la estudiante Alejandra Pasqualotto Jiménez, presentaron en junio del año 2018, una demanda de inexequibilidad y en subsidio de constitucionalidad condicionada del artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009. Demanda que tuvo como producto la Sentencia C-306 de julio de 2019.

Uno de los cargos que los accionantes presentan como fundamento de la demanda es el concerniente al régimen jurídico aplicable a los proveedores de telecomunicaciones. Al respecto, señalan que lo que hizo el legislador con esta determinación fue desconocer por completo la composición accionaria de las empresas prestadoras de telecomunicaciones, pues señalar que el régimen jurídico de estas será el del derecho privado, desconoce que existen o pueden existir empresas donde el capital sea tanto privado como público. Así lo señalan Suárez y Pasqualotto (2018) quienes afirman:

(...) desconoce las diferentes formas de organización, integración y de composición de capital que podrían tener dichos proveedores, ya que estos pueden ser particulares – privadas 100%, o contar con un capital mayoritariamente privado (más del 50% privado); pero también pueden ser compuestos de un capital público mayoritario (más del 50% estatal) o ser en su totalidad públicas – estatales (100% estatales). (p.3).

El gran problema que desconoce el legislador cuando señala que el régimen aplicable será de derecho privado es que, en el caso de los últimos dos escenarios, se estaría en presencia de entidades descentralizadas por servicios de la Rama Ejecutiva, tal y como se mencionó en el ítem 3.1 (Naturaleza Jurídica). Para los accionantes lo dispuesto por el artículo 55 de Ley TICS

constituye una grave violación, pues someter sus actos y contratos al Derecho Privado, desconocen y vulneran lo señalado por el artículo 210 de la Constitución Política de Colombia, según el cual las entidades descentralizadas por servicios deben crearse conforme a los principios que orientan la actividad administrativa y sin duda alguna, estos principios son propios del Derecho Público – Administrativo.

Para los accionantes, una de las violaciones, es que el legislador aparte de no cumplir con el mandato del artículo 210 de la Carta Magna, desconoce por completo las distintas formas de composición de los proveedores y los diferentes regímenes jurídicos aplicables, atendido a esta composición accionaria. Es para ellos también impensable e insensato poner en igualdad tanto a aquellas entidades con capital 100% privado como a las que tienen capital tanto público como privado, pues la orientación del Derecho Privado dista, por mucho, de la orientación del Derecho Público – Administrativo.

Suárez y Pasqualotto (2018) le muestran a la Corte Constitucional las diferencias entre las normas de derecho privado y las de derecho público – administrativo, señalando:

NORMAS DE DERECHO PRIVADO	NORMAS DE DERECHO PÚBLICO – ADMINISTRATIVO
El derecho privado está pensado para regular relaciones entre particulares, relaciones horizontales, que concurren en igualdad de condiciones a celebrar sus negocios, donde hay de por medio recursos privados, donde impera la bilateralidad, el mutuo acuerdo, la	El derecho público está pensado para regular relaciones entre desiguales, donde hay de por medio recursos públicos, oficiales, donde generalmente una de las partes tiene como atributo el uso y ejercicio de potestades, de prerrogativas públicas, donde lo que se

<p>autonomía de la voluntad, el ánimo de lucro, de ganancia, de rentabilidad y de beneficio económico. (pp. 4)</p>	<p>persigue es la prevalencia del interés general, el interés público, la satisfacción de necesidades colectivas, defensa y protección del patrimonio público. (pp.4).</p>
--	--

Si bien, en la presentación de la demanda, Suárez y Pasqualotto (2018), reconocen que el legislador tiene libertad de configuración, para disponer el régimen jurídico aplicable a cualquier entidad, esta competencia no podrá entenderse “como ilimitada, abierta e incondicional, y mucho menos puede concebirse como un mecanismo por medio del cual se eluda el respeto a ciertos principios de rango constitucional” (p. 4).

Pese a ello, la Corte Constitucional en la Sentencia C-306 de 2019, declara exequible el artículo demandado, entre otras razones, por las siguientes:

- I. En cuanto a la libertad legislativa, la Corte indica que el legislador dispone de una amplia competencia para definir los aspectos centrales de la Administración pública, ya que es una prerrogativa concedida en términos abiertos, y sujeta solo a lo señalado por la Constitución Política, que exige el respeto por los principios constitucionales, por los derechos fundamentales de las personas y los propósitos de la Administración y del servidor público.
- II. Sostiene que una de las razones de la descentralización por servicios de las entidades es que implica el otorgamiento de una serie de competencias o funciones a entidades territoriales, que se crean precisamente para que estas ejerzan una actividad especializada y autónoma. Esta forma de descentralización ha encontrado su fundamento en la necesidad que tiene la administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de

ciertas actividades que le son propias, y, que por la realidad en la que se mueven, estas entidades están llamadas a desempeñarse dentro de un régimen que les permita entrar en un mercado competitivo en concurrencia con los particulares.

- III. Por último, señalan que lo consagrado, tanto por el artículo, 209 como por el 210 de la Carta Magna, faculta al legislador, con un amplio margen de configuración, para organizar estos entes descentralizados por servicios. Pero agregan que en aquellos casos en los que se esté frente a entidades estatales descentralizadas por servicios y la Constitución autorice establecerles su régimen jurídico aplicable a los actos y contratos, no significa que se les pueda sustraer la aplicación de los principios de la función administrativa.

En conclusión, lo que se pretendía con la demanda de inexecutable del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 es que la Corte Constitucional reconociera la violación sistemática de los principios de la función administrativa, que se produce al establecer, para los proveedores de redes y servicios, un régimen jurídico propio del derecho privado. Si bien la Corte se pronuncia sobre ello, declara la executable de dicho artículo, con lo cual sigue subsistiendo el problema planteado por los accionantes.

Ahora bien, el panorama actual acerca de cuál es el régimen jurídico aplicable a los proveedores de las telecomunicaciones, y en especial a aquellos que sean sociedades de economía mixta, es el propio del derecho privado. No obstante, este derecho privado no puede considerarse en sentido estricto, ya que estas empresas también deben cumplir algunas normas de derecho constitucional y administrativo.

3.2.1. RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, es menester desglosar un poco dicho concepto. Así pues, la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide que una persona pueda ser elegida, o designada a un cargo público, o contratada por el Estado y que imposibilitan el ejercicio de funciones públicas. La Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Corte Constitucional, Sentencia C-380/1997).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-348 de 2004, expuso que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, las inhabilidades son dos tipos. Las primeras, son las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionatoria del Estado. Estas inhabilidades se aplican en el ámbito disciplinario, penal, contravencional y correccional, por lo que ellos llaman “indignidad política”. El segundo grupo de inhabilidades no se refiere a las sanciones, ni están relacionadas con la infracción, sino que corresponden a modalidades

distintas, que apuntan a la protección de los principios de la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Magna.

Para Jorge Enrique Ayala Caldas, las “incompatibilidades son impedimentos o prohibiciones morales, legales o de conveniencia que tienen las personas naturales cuando están desempeñando un cargo público y aún después de haber cesado en su ejercicio” (como se citó en Concepto Jurídico Universidad Distrital Francisco José Caldas, 2009, p. 1).

Es de resaltar que las inhabilidades e incompatibilidades tienen como finalidad garantizar la transparencia e imparcialidad en el proceso de contratación, evitando que se den favorecimientos y tráfico de influencias, que eviten el cumplimiento del interés público. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C489 de 1996, precisando que:

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte de una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que estas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello por lo que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz

cumplimiento del contrato [...]” (Corte Constitucional, Sentencia C- 449 de 1992 [MP Alejandro Martínez Caballero]).

No obstante, es importante aclarar que por su carácter prohibitivo, las inhabilidades son taxativas. Esto significa que están expresamente señaladas por la Constitución Política de Colombia de 1991 y por las leyes. Con respecto a ello, la Corte Constitucional en Sentencia C- 348 de 2004 y en Sentencia C- 200 de 2001, ha indicado que el Legislador tiene un margen de discrecionalidad muy amplio para regular estas inhabilidades e incompatibilidades, en cuanto al acceso a la función pública, todo esto dentro del marco legal que dispone la Carta Política.

Así pues, la Constitución del 91 dispone para cada uno de los cargos públicos su régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por lo tanto, todo aquel que desee acceder al ejercicio del poder político, quedará sujeto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que para ese cargo disponga la Constitución y las leyes.

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007, que introduce, modifica y deroga algunas de las disposiciones de la Ley 80 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), dispone en su artículo 13:

Artículo 13 ““Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su

régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. (Ley 1150/2007).

Es importante interpretar, de forma detallada, el artículo mencionado. De la lectura del mismo se puede concluir que aquellas entidades que estén excluidas del régimen contractual establecido en dicho Estatuto, por su régimen contractual especial, estarán igualmente sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Estas inhabilidades e incompatibilidades de las que habla este artículo son las que están dispuestas en la Ley 80 de 1993, así como en otras leyes. De otro lado, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias

aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. (Ley 1150/2007).

De la interpretación integral de los artículos antes mencionados se concluye que aquellas sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50% estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a Ley 80 y las modificaciones e introducciones de la Ley 1150, salvo aquellas entidades que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o públicos y en mercados regulados. Sin embargo, a reglón seguido, se establece: “sin perjuicio de lo establecido por el artículo 13 de la presente Ley”, artículo que dispone que aun las entidades que tengan un régimen especial por disposición del legislador deberán respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y los principios propios de la función administrativa.

Ahora bien, en cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades de las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, habrá que hacerles el análisis conforme a las normas mencionadas. En ítems anteriores se ha señalado que estas sociedades están obligadas a cumplir y respetar los principios de la función pública. Ahora, teniendo en cuenta esto y en concordancia con lo que se ha señalado, la interpretación de estos artículos demuestra que sin importa cuánto sea el capital estatal que se tengan estas sociedades, ni el régimen especial que la Ley 1341 les dio, deberán siempre respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

3.2.2. ACTOS

El artículo 55 de la ley 1341 de 2009, dispone que los actos de los proveedores de redes y servicios de la Información, es decir, de las telecomunicaciones, cualquiera sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por normas del derecho privado.

Esta disposición contraría lo señalado por los artículos 53 y 54 de la ley en cuestión, los cuales tienen por objeto la protección del usuario que consume estos servicios. Así pues, el artículo 53, en relación con el régimen jurídico, señala:

El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella. En todo caso, es de la esencia de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones el derecho del usuario a presentar peticiones y/o reclamaciones sobre el servicio ofrecido, y a que estas sean atendidas y resueltas de manera oportuna, expedita y sustentada. De la misma forma, el derecho a recibir atención de forma eficiente y adecuada en concordancia con los parámetros que defina la CRC. (Ley 1341/2009).

Este artículo lo que señala es que los contratos de servicios de telecomunicaciones se regirán por la regulación de la CRC con respecto a la protección al usuario. Adicionalmente, dispone que los usuarios podrán presentar peticiones y/o reclamaciones sobre el servicio, que se

les está ofreciendo, y tienen el derecho, deber de las empresas, de que estas peticiones sean resueltas y atendidas de manera oportuna, expedita y sustentada. En este artículo, se señala una serie de derechos que tienen los usuarios en cuanto al servicio ofrecido. Posteriormente, el artículo 54 ibidem dispone todo lo concerniente al tema de los recursos. Este artículo dispone:

Proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice el proveedor de servicios. El recurso de apelación lo resolverá la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control en materia de usuarios. Las solicitudes de los usuarios, así como los recursos de reposición y apelación, deberán resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recibo por el proveedor, o su interposición o recibo en la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control, respectivamente. Este término podrá ampliarse por uno igual para la práctica de pruebas, de ser necesarias, previa motivación. Transcurrido dicho término, sin que se hubiere resuelto la solicitud o el recurso de reposición por parte del proveedor, operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo y se entenderá que la solicitud, reclamación recurso ha sido resuelto en forma favorable al usuario. El recurso de apelación, en los casos que proceda de conformidad con la ley, será presentado de manera

subsidiaria y simultánea al de reposición, a fin de que, si la decisión del recurso de reposición es desfavorable al suscriptor o usuario, el proveedor lo remita a la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control para que esta resuelva el recurso de apelación. Siempre que el usuario presente ante el proveedor un recurso de reposición, este último deberá informarle en forma previa, expresa y verificable el derecho que tiene a interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición, para que en caso de que la respuesta al recurso de reposición sea desfavorable a sus pretensiones, la autoridad competente decida de fondo. (Ley 1341/2009).

Esta normatividad permite concluir que en la medida en que la Ley les exige a las empresas prestadoras de telecomunicaciones pronunciarse de forma clara, expedita y oportuna sobre las reclamaciones y/o peticiones que los usuarios mismos realicen y que, contra dichas respuestas proceden recursos, estas empresas expiden actos administrativos y no simplemente actos de carácter privado. En efecto, el artículo 54 establece que, sobre estos actos, cuando hubiese inconformidad sobre la decisión tomada por los proveedores de redes y servicios, proceden tanto el recurso de reposición como el de apelación. Típicos recursos que proceden frente a actos administrativos.

En este punto, vale la pena recordar qué es un acto administrativo. La Corte Constitucional, en Sentencia C-1436 de 2000, dispone:

El acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos, ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos de los administrados o en contra de estos, tiene como finalidad la sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados (Sentencia C-1436 de 2000).

Otro punto importante que resaltan estos dos artículos es que estas empresas están obligadas a responder estos requerimientos y, en caso de no hacerlo, se configura el silencio administrativo positivo y como su palabra lo dice, es un silencio típico y único del derecho público – administrativo.

Todo esto lleva a una conclusión, que dista bastante con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley TICS y es que, en temas de usuarios, las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones quedan sometidos a la Ley 1437 de 2011, conocida como el CPACA. Suárez y Pasqualotto (2018) señalan:

Los proveedores de redes y servicios, quedan sometidos al CPACA – Ley 1437 de 2011, en materia de peticiones, notificaciones, recursos, silencio administrativo. Es decir, quedan sometidos a típicas normas de derecho público – administrativo, y no al derecho privado, como equivocadamente podría entenderse de la lectura del artículo 55 cuando habla del régimen de los actos de los proveedores. (pp. 6-7).

Tanto Suárez, como Pasqualotto, son enfáticos en señalarle a la Corte, en sede de demanda de inexecutable del artículo 55 de la Ley 1341, que una cosa es que los actos de proveedores de redes y servicios, por estar en un mercado de libre competencia, estén sometidos,

por regla general, al derecho privado, como por ejemplo cuando expiden actos de comercio. pero una cosa muy distinta es que esto sea estrictamente así, pues como se evidenciaba con anterioridad, en cuanto a los usuarios, peticiones, quejas, reclamos y notificaciones, es claro que estas empresas expiden verdaderos actos administrativos. Coexistiendo entonces tanto actos administrativos como actos de comercio, cosa que la Corte Constitucional no puede desconocer por ningún motivo.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-306 de 2019, no dice nada acerca de la expedición de actos administrativos por parte de los proveedores de redes y servicios, diciendo solo la exequibilidad del artículo demandado. Con esto, la Corte no soluciona de fondo el problema planteado inicialmente por los accionantes, dejando a la suerte la cuestión de que estas empresas de telecomunicaciones, en lo referente a los usuarios, sí expiden verdaderos actos administrativos.

Una cosa es que estas empresas, dentro de sus procesos, no llamen a estos actos como propiamente actos administrativos, pero no se puede desconocer que lo que realmente hace un acto administrativo es su esencia de público y no el nombre que lleve. En la actualidad entonces se presenta este problema normativo en cuanto si bien estas empresas expiden actos de comercio, los cuales deberán regirse por las normas de derecho privado, también expiden actos administrativos que son propios de la Administración Pública.

3.2.3 CONTRATOS

Cuando se habla del régimen de contratación en las sociedades de economía mixta, es importante reiterar que en principio y de acuerdo a lo señalado por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, debido a su actividad

económica, a la libre competencia y al ánimo de lucro de sus asociados, su régimen jurídico aplicable sería privado, es decir, las contrataciones se registrarían por el derecho privado sin importar su capital.

En 1998 se promulga la Ley 489 donde se establece, en su artículo segundo que el ámbito de aplicación iba a regir para:

(...) todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas. (Ley 489,1998)

Motivo por el cual se comienza a controlar todas esas prerrogativas privadas otorgadas a las Entidades Estatales del sector telecomunicaciones en temas de contratación, debido a que si bien estaban exentas de Ley 80, tenían que aplicar los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública, es decir, debían respetar, en cuanto a la contratación privada, los principios propios del derecho público, como lo son la buena fe, la transparencia, igualdad, participación, eficiencia, economía, imparcialidad, moralidad, eficacia, celeridad, participación, publicidad y responsabilidad.

Más adelante, la Ley 1150 del 2007, ley que modifica la Ley 80 de 1993, pues introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación con recursos públicos, confirma lo que establecía la Ley 489 de 1998. Dicha ley, se aproxima a un ámbito mayor de aplicación,

debido a que alude a recursos públicos y no a porcentajes de acciones, entendiendo como recurso público todo peso del Estado en una entidad u organización, sin importar el porcentaje de participación en esta.

Sin duda alguna, la Ley 1150 ha sido la pieza clave en el régimen de contratación de las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones y en general de todos los regímenes exentos de Ley 80 de 1993, ya que de la interpretación del artículo 13, como se ha venido mencionando, se deduce que sin importar el porcentaje de participación del Estado y su régimen especial, todas las entidades estatales deben aplicar los principios de la función administrativa y los principios de la gestión fiscal que son eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales; consagrados respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Carta Magna.

Adicionalmente, este mismo artículo dispone que se deberá aplicar y respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que significa entonces otra limitación al ejercicio exclusivo del derecho privado en estas entidades.

No conforme con ello, esta misma Ley especifica aún más el régimen contractual de las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, ya que señala en su artículo 14 que, sin importar que las entidades se encuentren en desarrollo de actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, deberán respetar lo previsto en el artículo 13, artículo que ya fue mencionado y analizado.

Con lo anterior se reitera que, sin importar que las sociedades de economía mixta desarrollen actividades comerciales de competencia, estas están obligadas a aplicar los principios

de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En conclusión, el artículo 55 de la Ley TICS, señala que el régimen contractual de este tipo de sociedades economía mixta será el de derecho privado, lo que significa que deben cumplir con lo que establece el código de civil, código de comercio, principios de derecho mercantil internacional y costumbre mercantil, es decir, lo propio del derecho privado. No obstante, respetando y aplicando los principios del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

3.2.4 REGIMEN LABORAL.

Las sociedades de economía mixta objeto de esta monografía, las cuales, si bien son sociedades de economía mixta descentralizadas, ostentan una categoría especial, ya que desarrollan actividades comerciales e industriales del sector telecomunicaciones, el cual cuenta con ley especial, Ley 1341 de 2009.

Esta Ley es de especial atención ya que establece el régimen jurídico laboral aplicable de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones – artículo 55- diciendo que, sin importar su naturaleza y composición accionaria de su capital, se regirán por normas propias del derecho privado, es decir, régimen laboral privado, Código Sustantivo del trabajo. Lo anterior vislumbra, en principio, una exclusión para los trabajadores de este tipo de sociedades de la aplicación del régimen disciplinario consagrado en la ley 734 de 2002; y en los casos de las sociedades de economía mixta con capital público del 90% o más de la selección por medio de concurso de méritos o carrera administrativa.

Según Suárez y Pasqualotto (2018) , en la demanda de exequibilidad de la Ley 1341 de 2009 presentada ante la Corte Constitucional el pasado 13 de junio del 2018, con el artículo 55 de la ley en mención, se genera una violación al artículo 125 correspondiente a la Carrera Administrativa de los servidores públicos, artículo 209, que consagra los principios de la función administrativa y el artículo 210 de la Constitución Política que dice entre otras que las: “entidades descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por la ley o autorización de esta , con fundamento en los principio que orientan la actividad administrativa” (Constitución Política 1991). De la misma manera, el profesor Suárez y la estudiante Pasqualotto, argumentan que se estaría desconociendo el artículo 13 de la Constitución Política el cual se refiere al derecho a la igualdad, ya que:

La regla general que debe existir en las entidades públicas- estatales es el ingreso los cargos por concurso, por méritos, por selección objetiva (...) dichas entidades pueden seleccionar a sus servidores sin proceso de selección alguno, sin meritocracia, sin imparcialidad, sin transparencia sin neutralidad, lo que en lenguaje común se denomina “a dedo”. (Suárez y Pasqualotto, 2018, p.8-9).

Así las cosas, de la interpretación integral del artículo 55 de la Ley en mención, se puede establecer que el régimen laboral de las personas que trabajan en las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones es el propio del Código Sustantivo del Trabajo; en cuanto a esto, no se evidencia problema alguno pues el Legislador tiene plena competencia para establecer un régimen especial a una materia determinada. Sin embargo, lo que si es cuestionable es la clasificación de estos trabajadores, pues en cuanto a la naturaleza de los mismos, nada se dijo con respecto a ello.

En cuanto a esta inquietud, Suárez y Pasqualotto (2018), argumentan:

Nada obsta para que el legislador, en virtud de la libre configuración, asigne en materia laboral el régimen del Código Sustantivo del Trabajo (régimen jurídico) pero esto no se puede confundir con el concepto de la naturaleza jurídica de las personas que allí laboran, pues al ser entidades estatales, tienen que ser considerados servidores públicos, y en ningún caso podrá entenderse que son particulares, ya que irían en contravía con lo expresado por el artículo 123 de la carta política, en tanto esta estipula que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Por lo tanto, cuando se está frente a una sociedad de economía mixta, conformada por un capital mayoritariamente público o una sociedad pública 100%, se debe aplicar esta disposición constitucional por conformar el sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, y por tal motivo las personas que allí laboran deben tenerse como servidores públicos y no como particulares. (Sentencia C-306 de 2019).

En conclusión, si bien lo que se pretendía con la demanda de inexecutable del artículo 55 de Ley TICS es que la Corte aclarara y corrigiera, entre otras cosas, lo que respecta a la naturaleza de las personas que trabajan en las sociedades de economía de este sector, este cometido no se logra pues la Corte, por el contrario, declara la executable del mismo. Por lo tanto, con la normatividad vigente, el régimen laboral aplicable a las personas de estas sociedades es el propio del régimen laboral privado, es decir, Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, se continúa violando los preceptos del artículo 123 de la carta política.

3.2.5 JUEZ COMPETENTE.

Como se ha argumentado en reiteradas ocasiones a lo largo de esta monografía las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas, donde hay existencia de capital público y privado.

El Código de Comercio en su artículo 461 define el concepto de sociedad de economía mixta y señala que son aquellas sociedades comerciales constituidas tanto por aportes estatales como privados. A reglón seguido dispone que estas sociedades se regirán por el derecho privado y por la jurisdicción ordinario, salvo en los casos que exista disposición legal en contrario.

Por su parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo
Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además
de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de
las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos,
omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los
que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares
cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%. (Ley 1437, 201).

Ahora bien, luego de señalar lo dispuesto por estas dos normas, debe precisarse que una cosa es que se establezca un tipo de régimen jurídico aplicable y cosa distinta es que ello, derive necesariamente, la jurisdicción competente para conocer de las controversias que allí suscite. Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, el Legislador puede considerar que, para una materia, le sea aplicado un régimen jurídico especial y por su parte, delimitar la competencia del juez a otras disposiciones.

En temas de juez competente y de acuerdo con la naturaleza jurídica de este tipo de sociedades, es menester diferenciar el juez de acuerdo con los temas y los porcentajes, en otras palabras, no existe una regla general que establezca el juez competente para las sociedades de economía mixta, toda vez que este dependerá del porcentaje de participación Estatal así:

- ✓ Capital Estatal inferior al 50%: Jurisdicción Ordinaria
- ✓ Capital Estatal igual o superior al 50 %: Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en los casos en que exista controversia en materia laboral, el juez competente es el de la jurisdicción ordinaria (artículo 105 de la Ley 1437).

Sin embargo, el juez de lo contencioso administrativo en las sociedades de economía mixta con participación pública igual o superior al 50% tiene límites o excepciones de competencia,

entre estos si existe Ley especial. Para el caso en concreto, las Sociedades de Economía Mixta del Sector Telecomunicaciones, no solo se rigen por la Ley Especial, la Ley 1341 de 2009 (Ley TICS), sino que además son sociedades de economía mixta que prestan servicios públicos no domiciliarios y según el máximo tribunal constitucional en la Sentencia C 736 de 2007,

En la Sentencia C 736 de 2007 la Corte Constitucional expresa que:

El Congreso ha establecido, como regla general, que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.(Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 736 de 2007 [MP Jaime Araújo Rentería])

Es entonces, donde se hace necesaria la delimitación de esas características especiales para determinar en qué temas será competente cada juez.

- ✓ Régimen contractual: Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues si bien no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación Pública de la Administración (Ley 80 de 1993), son denominadas entidades públicas y, sin importar su participación

estatal, las controversias generadas en razón de los contratos celebrados por estas son competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- ✓ Régimen laboral: Juez laboral (Jurisdicción Ordinaria), debido a que su vinculación se realiza mediante un contrato de trabajo.
- ✓ Régimen de Actos: Juez Contencioso Administrativo cuando se expidan en razón del cumplimiento de funciones administrativas o públicas.

En conclusión, el juez competente para conocer de los asuntos relativos de las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, será el juez de la jurisdicción contencioso administrativo, esto conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011; salvo en lo que respecta a las controversias surgidas en materia laboral, momento en el cual deberán recurrir a la jurisdicción ordinaria – juez laboral-, esto según lo estipulado en el artículo 105 de la Ley en mención.

3.6. CONTROLES

Los controles en las sociedades de economía mixta, así como en la mayoría de los aspectos ya mencionados, dependerá y tendrá variaciones según el grado de participación que tenga el Estado.

En este punto, es pertinente recordar que las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, y en general todas las sociedades de economía mixta, son organismos descentralizados por servicios, según el artículo 38 de la ley 489 de 1998 y la Sentencia C -629 de 2003 de la Corte Constitucional, con personería jurídica. Por lo tanto, gozan de un alto grado de autonomía. Sin embargo, son sometidas a ciertos tipos de controles, que será analizados en los próximos apartados.

Desde 1968, se establecieron ciertos tipos de control sobre las sociedades de economía mixta de una forma muy general, con los Decretos 1050 y 3130, donde se encuentran varios artículos, como por ejemplo:

1. Artículo 28 del Decreto 1050: Quienes representen al gobierno en las juntas directivas de las sociedades de economía mixta son agentes del presidente de la república, de su libre nombramiento y remoción y que ellos deben rendirle informes al presidente sobre las actividades y situación de la entidad ante la cual actúan. (Decreto 1050).
2. A su vez, el párrafo del artículo 9º del Decreto 3130: “Los representantes del gobierno en los órganos directivos de las sociedades de economía mixta, estarán encargados de velar por que las actividades de estas se acomoden a la política gubernamental en el sector dentro del cual actúan.” (Decreto 3130 de 1968)
3. Artículo 14 del Decreto 3130 de 1968:

“La representación de las acciones que posea la nación en una sociedad de economía mixta corresponde al ministro o director de departamento administrativo a cuyo despacho se halle vinculada la entidad, quienes podrán delegarla en el ministro o secretario general; cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial o comercial del Estado, la representación corresponde al respectivo representante legal, quien podrá delegarla en los funcionarios que indiquen los estatutos.”

(Decreto 3130 de 1968)
4. Artículo 8º del decreto 1050: Establece que, el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación de Estado en esta clase de sociedades se

determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social; (1968).

5. Artículo 13 del decreto 3130: Dispone que en los estatutos de las sociedades de economía mixta que gocen de ventajas financieras o fiscales o que tengan a su cargo la prestación de un servicio público, se señalarán los actos que requieren para su validez el voto previo y favorable de los representantes del gobierno en sus órganos directivos. (1968).
6. Artículo 3 del decreto 111 de 1996: respecto del control presupuestal, establece que las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado solo se aplican las normas del estatuto que expresamente se refieran a ellas, lo cual implica una mayor autonomía financiera en relación con las demás entidades del Estado en este aspecto.

Respecto del control político, lo ejerce el congreso por medio de las comisiones constitucionales permanentes, de acuerdo con las competencias previstas en la ley 3ª de 1992. (1996). Lo anterior supone que, si bien las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas del poder público, son controladas de una forma u otra por este, en materia de control político, administrativo, presupuestal y como se planteó en el régimen de contratos, disciplinario.

Dicho esto, las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones están sometidas a vigilancia, regulación y control por parte de Estado, pues si bien son Sociedades descentralizadas de las ramas del poder público como se mencionó al inicio de este apartado están sometidas a cierto tipo de controles, además de estos debido a su materia, es decir, las telecomunicaciones, tienen además otros tipos por parte de los diferentes órganos del Estado.

Para abordar el tema de la regulación, vigilancia y control es necesario definir qué, implica la categorización como entes descentralizados del poder público.

Para el desarrollo de este tema, es fundamental la sentencia de la Corte Constitucional C-629 de 2003, ya que en esta el Máximo Tribunal Constitucional enumera los elementos configurativos de estas sociedades, a la luz de los mandatos constitucionales así:

Creación o autorización, carácter de sociedades comerciales; su objeto sociedad es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales; sujeción a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley; capital integrado por aportes del Estado y de particulares; vinculación a la administración como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos. (Corte Constitucional, Sentencia C -629 de 2003).

De esta configuración, más adelante la Corte Constitucional en la Sentencia C -736 de 2007 menciona las consecuencias normativas de categorizar a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas, que consisten básicamente en un control financiero de gestión y de resultados; adicionalmente un control político, competencia del Congreso de la Republica; y un control disciplinario, traducido en el tema de las inhabilidades e incompatibilidades, que estaría principalmente a cargo de la Procuraduría General de la Nación. (Sentencia C- 736 de 2007, Corte Constitucional Colombiana)

Según el Profesor David Suárez Tamayo, las sociedades de economía mixta, sin importar el porcentaje de participación del Estado, es decir, sin importar si tienen 50% o más o 50% o

menos de capital público, integran la Rama Ejecutiva del Poder Público y son consideradas entidades descentralizadas. Por lo tanto están sometidas a la aplicación de los principios de la función administrativa (Artículo 209 de la Constitución Política) y al control fiscal (Artículo 267 de la Constitución Política); sustentando su tesis en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, Sentencia C736 de 2007 y la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Así las cosas, antes que nada, es importante poner de presente que la Constitución Política en el artículo 365 y la Ley 80 de 1993 en el artículo segundo, estableció que la vigilancia, regulación y control de los servicios públicos estará en cabeza del Estado.

Ahora bien, para poder explicar el régimen de controles aplicables de acuerdo con la Constitución Política, las leyes y la jurisprudencia de las Altas Cortes, es de suma relevancia definir qué se entiende por vigilancia, control y regulación. Al realizar una búsqueda normativa sobre el significado de control, vigilancia y regulación, se pudo establecer que el legislador no definió el concepto sino que definió los tipos de controles, como por ejemplo el fiscal; ya que si bien alude de la función de control como potestad del Estado y los tipos de controles que ejerce no emite como tal una definición sobre qué se entiende por control.

Por lo anterior se hace necesario recurrir a las definiciones e interpretaciones de la Corte Constitucional. Este tribunal se refiere a control como inherente a la finalidad social del Estado (Sentencia C 186 de 2011). Como se puede observar, la Corte Constitucional no define qué se entiende por control sino que al igual que, el legislador, se limita a emitir enunciados que se desprenden de la función de control.

Es pertinente, definir, el control desde la gramaticalidad, definiendo según la Real Academia de la Lengua Española, como comprobación, inspección, fiscalización e intervención.

Ahora bien, luego de “definir” el concepto de control, cabe analizar entonces de una manera general el control en las sociedades de economía mixta, precisando que este control, según la ley 489 de 1998, en el artículo 106, será un control administrativo para cumplir “en los términos de los correspondientes convenios, planes o programas que deberán celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo.” (Ley 489 de 1998, artículo 106)

Según Botero Rico en su Libro Análisis del Sector Público de las Telecomunicaciones en Colombia, el control tiene dos ejemplos concretos, “la formulación de planes y políticas públicas, y la expedición de títulos habilitantes, entendidos como la autorización otorgada por el Estado para el ejercicio de una actividad que requiera su previa autorización” (pp. 45). Sin embargo, esta definición sigue sin ser suficiente para los controles realizados por parte del Estado en las sociedades de economía mixta, ya que, si bien ejercen controles por medio de políticas públicas y títulos habilitantes, queda por fuera de esta definición el control en materia presupuestal, refiriéndose entonces a un control más político y administrativo.

Por consiguiente, se deduce que existen una serie de controles emitidos por los órganos del Estado, que tienen su justificación en la verificación del cumplimiento de los objetivos que han sido otorgados por el mismo Estado, la inversión de los recursos, y el buen funcionamiento de la sociedad -sociedades de economía mixta del orden nacional y territorial. Adicional, a lo anterior, cabe resaltar que además de los tipos de controles generales, de acuerdo con el objeto de este tipo de sociedades, a estas sociedades se ejercen los controles propios de las telecomunicaciones y su especialidad, como por ejemplo el control a las tarifas y libre mercado, de acuerdo con el papel del Estado empresario.

Ahora bien, explicado a grandes rasgos la connotación de la definición de control, es importante explicar, por lo menos, cada uno de los controles generales realizados por la administración:

CONTROL ADMINISTRATIVO O CONTROL DE TUTELA:

Parte básicamente de la distinción entre organismos superiores e inferiores de la estructura administrativa. Es decir, consecuente con la descentralización, debido a que esta involucra el concepto de vinculación del ente funcionalmente descentralizado a un ministerio o departamento administrativo, el cual ejerce este control sobre el primero en aras de obtener la coordinación de la función administrativo. (Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000, Corte Constitucional. Vladimiro Naranjo Mesa).

Este tipo de control es llevado a cabo por parte del Ministerio, Departamento administrativo, o a nivel territorial, al que se encuentre vinculada la sociedad de economía mixta control administrativo (Ley 489 de 1998, artículo 41).

Así mismo, este control se encuentra sustentado en el artículo 68 de la Ley 489 que establece que las sociedades de economía mixta están sujetas tanto a control político como administrativo, que en otras palabras lo define como: “la suprema dirección del órgano de la administración”. (Ley 489 de 1998, artículo 68). Adicionalmente, lo anterior se sustenta con las funciones de los ministros. Es decir, la función de participación en la orientación, coordinación y control de las sociedades de economía mixta vinculadas a el despacho de cada ministro. (Ley 489 de 1998, artículo 61). Por lo tanto, en este punto cabe resaltar que al momento de la creación de este tipo de sociedades, debe indicarse a qué entidad de la Administración se encuentra vinculada (artículo 98 de la Ley 489 de 1998).

Este control tiene como finalidad constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la Ley 489 y de conformidad con los planes y programas adoptados. (Ley 489 de 1998 artículo 107).

Cabe resaltar que según el profesor Jorge Enrique Ayala (1999), este control tiene fundamento en un poder condicionado, lo que significa que no se presume el control, sino que por el contrario este únicamente puede ejercerse en los casos específicos que determine la ley, ya que esto evita que se genere como consecuencia la posibilidad de dar órdenes por los órganos de control, generando una coadministración. (p. 125.)

CONTROL POLÍTICO:

Es el mecanismo efectivo, que se encuentra en cabeza de los cuerpos colegiados; teniendo como objetivo garantizar el adecuado ejercicio del poder y la gestión gubernamental transparente; adicional a esto reclamar la responsabilidad política de quienes llegan a cargos de elección popular y sus equipos de gobierno. (Diego Vivas Tafur, Control Político. p.2).

Este control está orientado a confirmar el buen funcionamiento de la sociedad, como a comprobar la motivación de los actos y resultados de gestión; en otras palabras, es definido por el Dr. TAFUR como “una aplicación particularizada del general que compete al órgano político sobre las actividades de la Administración Pública”. (TAFUR, Op. Cit., p. 189.)

Según la Constitución Política de 1991, designa como agentes de control político para las Sociedades de Economía Mixta al Congreso de La República y a las Corporaciones de elección popular al interior de los Departamentos y Municipios, o sea a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales (Constitución Política 1991, Artículo 114 y 299)

Este tipo de control tiene la función de controlar a la administración, para el caso de las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones entendidas como entidades descentralizadas, permite a los órganos colegiados citar a los representantes legales de estas, para dar respuesta a asuntos o actuaciones propias realizadas dentro de la sociedad. (Ley 136 de 1994, artículo 38).

Del mismo modo, el artículo 137 de la Constitución Política establece que cualquier comisión permanente del Congreso de la República podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante, además si los citados son renuentes a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, serán sancionados por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades (Constitución Política 1991, Artículo 137).

De igual forma la Constitución Política confiere la potestad al Congreso que en las funciones ordinarias o extraordinarias realicen funciones de control político, sin importar siquiera que el Gobierno Nacional hubiera o no sometido a consideración dicho asunto. (Constitución Política, Artículo 138, inc. final).

Así mismo, La ley 5ª de 1992 establece que las Comisiones Permanentes además podrán solicitar entre otros a los gerentes de entidades descentralizadas del orden nacional, con el fin de que otorguen información necesaria para la discusión de proyectos de ley o el estudio de asuntos relacionados con sus funciones. (Ley 5ª de 1992, artículo 236).

Con relación a lo anterior, se concluye que el ejercicio del control político de las sociedades de economía mixta, presenta un amplio campo de aplicación.

CONTROL FISCAL:

El Control Fiscal se define, según la Constitución Política de 1991, como “la función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación”. (Constitución Política de 1991, Artículo 267).

La Corte Constitucional se ha encargado de definir el Control Fiscal, como:

Actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C- 374/1995).

Dentro de la Sentencia C- 374 de 1995, la Corte Constitucional sustenta que el control fiscal se refiere a la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares en manejo de los bienes del Estado, sustentando esto en los artículos de la Constitución Política 267, 268 Y 272, ya que, en Sentencia C-374 de 1995, señala que la misma Carta Magna define esta función

obedece a una necesidad política y jurídica de controlar vigilar y así mismo asegurar la utilización correcta de la inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación que pueden estar a cargo de los órganos o entidades descentralizadas de la administración o excepcionalmente por particulares. (pp.1)

Dentro del control fiscal se enmarcan actuaciones como evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado, determinar si adquieren, manejan y/o usan los recursos públicos dentro del marco legal, y aplican principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad y sostenibilidad ambiental.

Este control se lleva a cabo siguiendo unos preceptos fundamentales que según el Máximo Tribunal Constitucional (1995) son:

- a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.
- b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.
- c) Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.
- d) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por

servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

- e) Consecuente con la concepción participativa del Estado Social de Derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración. (Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell).

En síntesis, según la interpretación de la Constitución Política por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C- 374 de 1995 el ejercicio de la función pública de control obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control están dotadas de autonomía e independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.

El Profesor Vásquez Miranda sostiene que los principios fundamentales de la existencia del Control fiscal se reducen a la obligación propia que tienen los gobiernos con sus ciudadanos de:

- ✓ Rendir cuenta plena de sus actividades, identificando no solo los objetivos a los cuales han destinado los recursos públicos que se le han encomendado, sino también indicando

la forma como han invertido dichos recursos y los efectos que han producido su aplicación.

- ✓ Asegurar que los planes y programas que se han comprometido a desarrollar logren sus objetivos y que lo hagan de la manera más eficiente y económica posible. (Control Fiscal y Auditoría de Estado en Colombia. William Vásquez Miranda. P.56).

En consecuencia, con lo anterior, las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones están sometidas a la función del control fiscal, en tanto manejan bienes del Estado y son entidades descentralizadas de la Rama del Ejecutiva del Poder Público y por mandato legal, ya que la Ley 42 de 1993 las enmarca como sujetos de control fiscal, por lo tanto, según el artículo 267 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República, las departamentales, municipales y distritales, tienen plena competencia de ejercer sobre estas actividades tendientes a garantizar el manejo adecuado de los recursos y bienes públicos, un control efectivo y eficiente ejercen el Control Fiscal.

Esta función se traduce en examinar la razonabilidad de los estados financieros, determinar en qué medida logran sus objetivos, cumplen sus planes, programas y proyectos, además de llevar el registro de la deuda pública; en representación de la comunidad y la vigilancia de gestión fiscal de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación. (Constitución Política de Colombia. Artículos 119 y 268).

Según la Corte Constitucional, en la Sentencia C-529 de 2006, las funciones que ejercen las Contralorías estarán orientadas especialmente por dos principios rectores:

1. La defensa de los recursos públicos, fundamentado en el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

2. El ejercicio del control fiscal orientado a proteger los recursos públicos con independencia, eficiencia y eficacia, con el fin de fomentar la buena gestión pública en términos de calidad y de resultados.

En síntesis, sobre las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, sin importar su participación estatal, se ejerce pleno control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, con el fin de que se garantice el uso adecuado de los recursos y bienes públicos.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES

- Como bien se mencionaba en el primer capítulo, el concepto de huida del derecho administrativo debe mirarse desde un enfoque integral y no solo mencionando de qué se trata. Así las cosas, se evidencia que el mundo está en un constante cambio en las dinámicas de las sociedades y en los pensamientos económicos, pues se ha visto que, en las últimas décadas, hubo un auge por las liberalizaciones, el boom de la modernidad, la globalización y las corrientes neoliberales, lo que permitió que se diera la llamada huida del derecho administrativo al derecho privado. Y es que este concepto se refiere a la tendencia que tienen los países por someter a derecho privado a la administración pública o a ciertas actividades que estaban en cabeza del Estado. Una de las razones por las que se presenta esta huida es por esa aspiración a que los procesos propios de la Administración pública cuenten con una suerte de agilidad y eficacia, característica que supuestamente, solo es posible evidenciar en los procedimientos propios del derecho privado.

En Colombia, este fenómeno de la huida del derecho administrativo puede evidenciarse, entre otros casos, en la prestación de servicios públicos que estaban en cabeza del Estado, y pasan a ser prestados por particulares o por comunidades organizadas. Sin antes mencionar la obligación del Estado por seguir vigilando, controlando e inspeccionando la debida prestación de estos servicios.

- Como respuesta al surgimiento de esta huida, nacieron distintas formas de adaptación de este fenómeno. Muchos señalan que, dado que estos servicios son prestados bajo la premisa de la libre competencia del mercado, deben garantizar los principios propios del derecho privado para que, quienes los presten, puedan competir en igualdad de condiciones dentro del mercado, refiriéndose entonces al abandono total del derecho público – privado. Otros, por su parte, siguen refiriéndose al uso exclusivo del derecho público – administrativo, señalando que, si bien estas funciones públicas pasan a ser prestadas por particulares, siguen teniendo esta condición de públicos y que, por ello, es impensable el abandono de las formas propias del derecho público y el uso del derecho privado. Y, por último, se encuentran aquellos que dicen que si bien es razonable el uso del derecho privado a actividades y funciones que se prestan bajo un mercado competitivo, es razonable igual que se sigan aplicando principios propios de la administración pública, pues en el fondo estas actividades siguen siendo de carácter público.
- Bajo estas premisas y frente a la situación real de Colombia, consideramos que lo que realmente hay es una huida parcial del derecho administrativo al derecho privado. Parcial en el sentido en que si bien estas funciones públicas pasan a ser prestadas por particulares, pues

están dentro de un mercado libre y competitivo, en el fondo siguen siendo públicas, sin olvidar que en cabeza del Estado sigue existiendo la obligación de velar por dicha prestación, su vigilancia y control y esto es lo que nos lleva a concluir que esta huida es parcial. Cabe destacar que una de las principales razones por las que se acude al uso del derecho privado, no es más que por eludir o evadir las formas propias del derecho administrativo, pues para nadie es un secreto que estas cada vez se vuelven más rígidas. Sin embargo, esta evasión que se da no puede desconocer nunca la aplicación de los principios del derecho administrativo, ni los controles, ni el régimen de responsabilidades, ni el de inhabilidades, pues lo que subyace de esto es el interés general de todos los ciudadanos.

- Los servicios públicos, tal y como lo señalo Duguit, son aquellas actividades cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por el Estado, pues se trata de aquellas actividades indispensables para la realización de cada una de las necesidades mínimas de los seres humanos. El Estado, les garantiza a cada uno de los seres humanos, la debida prestación de estos servicios, indicándole que deben ser prestados de forma equitativa a cada uno de ellos y que tal prestación debe ser constante e ininterrumpida. Esta prestación se materializa a través de mandatos de ley, en donde se establece esta obligación, como correlativo a ese derecho de los seres humanos.
- Para la prestación de estos servicios públicos, el Estado ha tenido que inventarse nuevas formas de gestión. Un claro ejemplo de ello es el contrato de concesión que es un contrato por medio del cual el Estado le confiere la prestación de un servicio público determinado a un particular, para que sea este el que se encargue de su prestación, no sin antes mencionar que la vigilancia, control e inspección del mismo queda siempre en manos del Estado.

- Uno de los puntos claves que señala Duguit en su obra y que resulta, para este trabajo, importantísimo es que la razón de ser del Estado se ve materializada en la prestación adecuada de estos servicios públicos y que, sin esto, el Estado no tendría razón de ser.
- La noción de servicio público se encuentra regulado por el artículo 366 de la Constitución Política de 1991 donde se dispone que una de las finalidades sociales del Estado es el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y la satisfacción de aquellas necesidades que aun se encuentran insatisfechas. En la Carta Magna, también se puede evidenciar que se acaba con el monopolio de los servicios públicos. Esto significa que no solo el Estado va a tener esa potestad de prestarlos, sino que él puede delegar esta función en cabeza de particulares y/o en comunidades organizadas. Este precepto, no es más que la intención del constituyente por reconocer el nuevo modelo económico, en donde se puede evidenciar que la prestación de estos servicios resulta muchísimo más eficiente si es prestado por particulares, dadas las condiciones y ataduras del Estado. Sin embargo y de manera reiterativa, cabe señalar que el hecho de que los particulares ya tengan esta atribución, no quiere decir que se desconozca por completo el rol del Estado dentro de estas prestaciones, pues como bien se mencionaba, el Estado sigue siendo quien vigila, regula, controla e inspecciona esta prestación.
- En Colombia, los servicios públicos, se clasifican como domiciliarios y no domiciliarios, diferenciación que trae consigo una serie de consecuencias. Así las cosas, son servicios públicos domiciliarios aquellos que, por la naturaleza del servicio, son prestados a través de redes físicas o humanas con puntos terminales. En cuanto a su regulación, se encuentran señalados en la Ley 142 de 1994. La Constitución Política de 1991, señala en su artículo 367 que los servicios públicos domiciliarios, por su naturaleza especial, deben ser regulados a

través de un régimen jurídico especial y es cuando se expide la Ley 142. El artículo primero de dicha ley, se señalan taxativamente los servicios considerados como públicos y allí se dispone que uno de ellos es el de telefonía pública conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

- Un punto supremamente importante con la ley de servicios públicos domiciliarios es que la misma nos señala que, con independencia de quién los preste, estos servicios deben ser prestados de manera continua. Esto significa que, si en algún momento el particular o la comunidad organizada que esté prestando algún servicio público domiciliario carece de medios para seguir prestándolo, el Estado debe entrar inmediatamente a seguir prestarlos, pues no se puede desconocer que estos servicios garantizan la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos y, como tal, debe garantizar la continuidad de la prestación.
- Ahora bien, hemos evidenciado que el criterio de clasificación de los servicios públicos como no domiciliarios corresponde al uso de una técnica denominada como la “publicatio” que se traduce a una decisión del legislador de clasificarlos de esta manera. En cuanto a estos servicios, cabe anotar que el legislador no expidió norma especial para los mismos.
- La Ley 1341 de 2009, más conocida como la Ley TICS, en cuanto regula todo lo relacionado con las telecomunicaciones, trae consigo una serie de disposiciones y cambios. Uno de los cambios más significativos es que las empresas prestadoras de dichos servicios ya no se denominarán operadores sino “proveedores de redes y servicios”. Otro cambio importante es el tema de las tarifas. La Ley TICS señala que, en cuanto a las tarifas, estos proveedores de redes y servicios podrán fijar libremente los precios a los usuarios, eso sí, siempre bajo el lente vigilante de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. El último cambio relevante es que, si bien la Ley 142 estableció que la telefonía básica conmutada era un servicio

público domiciliario, la Ley 1341 dispone que ya no será domiciliaria. No obstante, y pese a los cambios que introduce la Ley 1341 de 2009, las telecomunicaciones en Colombia siguen siendo servicios públicos a cargo del Estado, de manera directa o indirectamente a través de particulares.

- En últimas, y sin importar que los servicios públicos, tanto domiciliarios como no domiciliarios, sean prestados bajo un modelo de mercado con énfasis en la libre competencia y el no monopolio, no le quita a la noción de servicio público esa carga finalista y material. Esto significa que, sin importar la naturaleza ni régimen jurídico aplicable a los servicios públicos, lo que sigue caracterizando que un servicio sea público es precisamente su finalidad de satisfacer necesidades básicas, colectivas, de interés público y de interés general y que, por mandato constitucional, es una finalidad del Estado Social de Derecho.
- Un punto supremamente importante al enlazar la huida del derecho administrativo con la forma en la que se prestan los servicios públicos, especialmente los de telecomunicaciones, es que el optar por el uso de derecho privado no es más que una forma de evadir derechos, garantías y responsabilidades propias del derecho administrativo, de suerte que en el derecho privado prevalece la economía, la eficacia, la agilidad y la rentabilidad. Es una forma de abandonar ciertos controles estrictos del derecho administrativo, pero es que en últimas este derecho es más garantista que el privado.
- En Colombia, prestar servicios públicos sigue representando el ejercicio de función pública – administrativa, por lo siguiente: I) sigue siendo una finalidad inherente a la función social del Estado por mandato constitucional; II) sin importar que si son prestados o no por particulares, son un ejemplo claro de descentralización, bien sea por servicios o por colaboración, lo que implica entonces que deben estar sujetos a los principios propios de la

administración; III) el fin de los servicios públicos no es más que satisfacer necesidades mínimas, satisfechas o no, de todo ciudadano; IV) como bien se mencionaba, es deber del Estado velar porque los servicios sean prestados de manera continua y a todos los habitantes del territorio nacional; V) en cabeza del Estado sigue la función de vigilancia, control e inspección, lo que se traduce en típicas funciones administrativas.

- Uno de los grandes problemas que deja la Ley 1341 de 2009 es que no menciona nada acerca de las sociedades de economía mixta, es decir, no dispone qué se entiende por economía mixta en el tema de las telecomunicaciones. Pues se ha evidenciado que las leyes especiales, con respecto a cada materia, disponen qué se entiende por sociedad de economía mixta. Sin embargo, la Ley TICS no dijo si para este tema, se tendrá en cuenta la definición señalada por la Ley 142 de 1994, artículo 14, numeral 6, o si por el contrario nos apegaríamos a la definición de la Ley 489 de 1998, artículo 97. O si, entenderíamos como sociedad de economía mixta a toda aquella sociedad donde hubiese tan solo un peso del Estado, tal y como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C- 953 de 1999; o si tendríamos en cuenta lo señalado por la Ley 80 de 1993. La Ley TICS no se refirió a este tema, lo cual pone en grandes aprietos a los intérpretes de la norma. Problema que resulta supremamente grave, pues deja a los prestadores de servicios de telecomunicación, la interpretación de la norma.
- Ahora bien, con respecto a la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta prestadoras de las telecomunicaciones, como la Ley no nos dice qué entendemos como sociedad de economía mixta, nos deja este problema. Bien se señalaba en el cuerpo de esta monografía que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 trae una lista taxativa de entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado y en uno de los ítems, señala a las sociedades de economía mixta. Bajo este supuesto y en concordancia con lo dispuesto en

el artículo 210 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que señala que las entidades descentralizadas por servicios deben crearse de acuerdo con los principios que orientan la actividad administrativa, concluimos que las sociedades de economía mixta deben regirse por los principios propios del derecho público – administrativo. Principios como el de legalidad, debido proceso, publicidad de las actuaciones, de contratación, de transparencia, imparcialidad, moralidad, selección objetiva, régimen de prohibiciones, de inhabilidades e incompatibilidades, etc. Bajo este entendimiento, uno podría decir que la naturaleza jurídica de estas sociedades de economía mixta del sector de las telecomunicaciones es pública.

- No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C- 306 de 2019, explica que de la lectura integral de la Ley TICS no se señala ningún tipo de naturaleza jurídica y que el Legislador, con la facultad que le da la ley, puede señalar un régimen jurídico aplicable a una materia en especial, y, conforme a lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 1341, pueden existir distintas naturalezas jurídicas, sin especificar el tipo de cada una de ellas y dejando su interpretación y aplicaciones a quiénes operan estos servicios.
- En cuanto al régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta del sector de telecomunicaciones, la Ley 1341 es enfática en señalar, en su artículo 55 que se regirán por las normas de derecho privado. Este precepto fue demandado por el profesor David Suárez y la estudiante Alejandra Pasqualotto, pidiendo se declarara inexecutable. La Corte Constitucional, en Sentencia C-306 de 2019, señala que el legislador tiene la libre competencia de dictar un régimen especial en una materia especial, declarando la exequibilidad de este artículo. Pese a ello, la Corte en esta sentencia no tuvo en cuenta es que las sociedades de economía mixta y en las entidades estatales que llegasen a prestar estos servicios, son entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva, lo que le da

un tinte público y desconoce por completo que, si esto es así, dichas empresas deberán respetar, desde su constitución, los principios que le son propios a la administración pública.

- Bien se sabe que uno de los regímenes de la función pública es de inhabilidades e incompatibilidades. Así las cosas y teniendo en cuenta que las sociedades de economía mixta hacen parte de la Rama Ejecutiva, estas deberán respetar estos preceptos, cosa que desconoce nuevamente la Corte Constitucional.
- En cuanto a los actos de las sociedades de economía mixta prestadoras de telecomunicaciones y bajo lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 1341, los actos expedidos por estas empresas deben regirse por derecho privado; versión ratificada por la Sentencia C-306 de 2019. Sin embargo y conforme a lo dispuesto en los artículos 53 y 53 de esta misma ley, en cuanto a los usuarios, los contratos de telecomunicaciones se regirán por la regulación de la CRC y el derecho privado. Adicional a esto, los usuarios podrán presentar peticiones y/ reclamaciones sobre el servicio y tienen derecho a que estas empresas les respondan de forma clara, precisa y en los tiempos de ley, que en últimas no es nada distinto al concepto de acto administrativo.
- Al hablar del régimen laboral de las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, lo primero que hay que poner de presente es que este es un régimen diferente al de las sociedades de economía mixta en sentido general, ya que su carácter de telecomunicaciones (proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones), trae como consecuencia que sus empleados se vinculen por medio de contrato de trabajo. Como consecuencia de ello y en base a la normatividad vigente, el régimen laboral de estas empresas es privado, lo cual viola a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991.

- Como resultado del análisis del juez competente, se pudo evidenciar que el artículo 104 de la Ley 1437 del 2011, establece que el juez competente para conocer de los asuntos en estas sociedades es el de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, en cuanto a lo concerniente al régimen laboral, el artículo 105 de la misma Ley, dispone que serán conocidos por la Jurisdicción Ordinaria. Por lo tanto, se evidencia otra expresión de la connotación mixta del régimen de las sociedades de economía mixta.
- Las sociedades de economía mixta del sector telecomunicaciones, están sometidas a vigilancia, regulación y control por parte de Estado, pues si bien son Sociedades descentralizadas de la Rama Ejecutiva, están sometidas a cierto tipo de controles, además de estos debido a su materia, es decir, las telecomunicaciones, tienen además otros tipos por parte de los diferentes órganos del Estado.

Dentro de los controles están, el control de tutela, el control político, el control fiscal y control presupuestal (dependerá de su composición accionaria y participación Estatal). Adicional a los controles propios de su materia como lo son las comisiones de regulación en Telecomunicaciones.

- La naturaleza de las sociedades de economía mixta del sector de telecomunicación, según lo que se indicó en este trabajo es pública, en la medida en que hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en los términos del artículo 38 de la Ley 489 que independiente del capital como lo señalo en la Corte Constitucional en sociedades de economía mixta, pero tiene un régimen especial en la ley 1341 de 2011.
- En conclusión y dado que la Corte Constitucional en Sentencia C-306 de 2019 señala que el régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de telecomunicaciones es el derecho privado, pero no menciona nada acerca de las presuntas violaciones que esto conllevaría a los

principios propios de la administración pública, consideramos que tanto la naturaleza jurídica como el régimen jurídico aplicable a dichas sociedades no puede ser ni estrictamente el privado ni el público, sino una especie de combinación entre los dos, una naturaleza y régimen mixto, en tanto si bien estas empresas pueden optar por formas propias del derecho privado para agilizar los procesos, no deben nunca desconocer que por ser estos servicios de carácter público, deben respetar los principios del derecho público – administrativo; esto como una posible solución. Ahora bien, con respecto al tema de los usuarios, estas empresas, sin importar si su régimen o su naturaleza es pública o privada, dictan actos administrativos, y adelantan procedimientos administrativos, y esto en últimas es una pista de que, aun rigiéndose por el derecho privado, conservan formas propias del derecho público – administrativo, señalando entonces ese carácter mixto de estas sociedades.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Normativa

Constitución Política de Colombia [Const.] (5, agosto, 1886). [en línea].

Constitución Política de Colombia [Const.] (20, julio, 1991). [en línea]. Gaceta Constitucional No.116.

Congreso de la República de Colombia. (20, diciembre, 1989). Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se condene unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. [Ley 72 de 1989]. Diario Oficial. N° 39111.

Congreso de la República de Colombia. (24, marzo, 1992). Por la cual se expiden normas sobre las comisiones del Congreso de Colombia y se dictan otras disposiciones. [Ley 3 de 1992]. Diario Oficial. N°40.390.

Congreso de la República de Colombia. (17, junio, 1992). Por la cual se expiden el reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. [Ley 5 de 1992]. Diario Oficial. N°40.483.

Congreso de la República de Colombia. (6, enero, 1993). Por el medio del cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociaciones en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones. [Ley 37 de 1993]. Diario Oficial. N° 40.710.

Congreso de la República de Colombia. (26, enero, 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. [Ley 42 de 1993]. Diario Oficial. N°40.732.

Congreso de la República de Colombia. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. Diario Oficial. N° 41.094.

Congreso de la República de Colombia. (2, junio, 1994). Por cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios. [Ley 136 de 1994]. Diario Oficial. N°41.377.

Congreso de la República de Colombia. (11, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. [Ley 142 de 1994]. Diario Oficial N°41.433.

Congreso de la República de Colombia. (20, enero, 1995). Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de

televisión, se establecen normas para la contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones. [Ley 182 de 1995]. Diario Oficial N°41.681.

Congreso de la República de Colombia. (29, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998]. Diario Oficial N°43.464.

Congreso de la República de Colombia. (2, febrero, 2000). Por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS y se dictan otras disposiciones. [Ley 555 de 2000]. Diario Oficial N°43.883.

Congreso de la República de Colombia. (5, febrero, 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2000]. Diario Oficial N°44.708.

Congreso de la República de Colombia. (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. Diario Oficial N° 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (30, julio, 2009). Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones – TIC -, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. [Ley 1341 de 2009]. Diario Oficial N° 47.426.

Congreso de la República de Colombia. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. Diario Oficial N° 47.956.

Presidente de la República de Colombia. (5, abril, 1956). Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto 753 de 1956]. Diario Oficial N° 39019.

Junta Militar del Gobierno de la República de Colombia. (22, noviembre, 1957). Por el cual se reforman algunos artículos del Decreto 2427 de 1956. [Decreto 2342 de 1957]. Diario Oficial N° 29565.

Presidente de la República de Colombia. (5, julio, 1968). Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional. [Decreto 1050 de 1968]. [en línea].

Presidente de la República de Colombia. (16, diciembre, 1968). Por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de servicios públicos, se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas y se dictan otras disposiciones. [Decreto Ley 3069 de 1968]. Diario Oficial N° 32.690.

Presidente de la República de Colombia. (26, diciembre,1968). Por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas del Orden Nacional. [Decreto 3130]. Diario Oficial N°32.687.

Presidente de la República de Colombia. (19, agosto, 1990). Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines. [Decreto 1900 de 1990]. [en línea].

Presidente de la República de Colombia. (15, enero, 1996). Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. [Decreto 111 de 1996]. Diario Oficial N°42.692.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sentencia T- 540/1992 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia T- 578/1992 (M.P Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia C – 449/1992 (M.P Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia C – 374/1995 (M.P Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia C – 450/1995 (M.P Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia C – 566/1995 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia C – 489/1996 (M.P Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional, Sentencia C – 380/1997 (M.P Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia C – 953/1999 (M.P Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia C – 727/2000 (M.P Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia C – 436/2000 (M.P Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia C – 200/2001 (M.P Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional. Sentencia C – 629/2003 (M.P Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. Sentencia C – 348/2004 (M.P Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia C – 529/2006 (M.P Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia C – 736/2007 (M.P Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia C – 736/2007 (M.P Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia C – 186/2011 (M.P Humberto Antonio Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia C – 306/2019 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado).

Doctrina

Alcover, G. (1994). Revista de administración pública: aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local. 134, 79 – 108. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/DialnetAproximacionAlRegimenJuridicoDeLaSociedadDeCapital-17226.pdf>.

Atehortúa, C. (1998). Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios. Medellín, Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Bike.

Atehortúa, C. (2003). *Servicios públicos domiciliarios: legislación y jurisprudencia*. Medellín, Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Bike.

Atehortúa, C. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Barón, O. (2009). *Concepto jurídico sobre inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses en la Universidad Distrital Francisco José Caldas*. Recuperado en udistrital.edu.co/sites/default/files/conceptos-juridica/2018-01/132.pdf.

Botero, M. (2016). *Análisis del sector público de las telecomunicaciones en Colombia*. Medellín, Colombia: Editorial Sello Editorial Universidad de Medellín.

Cassagne, J. (1996). *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)*. 150, 95 – 110. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/DialnetElResurgimientoDelServicioPublicoYSuAdaptacionEnLo-17312.pdf>.

Díaz, C. (Artículo inédito sin publicar). *Hacia una definición sistemática y convencional del derecho administrativo para el ordenamiento jurídico colombiano*. 1-36. Recuperado en <file:///C:/Users/valeg/Desktop/Tesis/lecturas/Cristian%20Díaz.%20Hacia%20una%20definición%20sistemática%20y%20convencional%20del%20Derecho%20administrativo%20para%20el%20ordenamien.pdf>.

Duguit, L. (1975). *Las transformaciones generales del derecho público y privado*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Frasser, C. (2015). *Revista digital de derecho administrativo: La constitución de una sociedad de economía mixta por parte de una universidad pública*. 13, 135 – 159. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/4189-Texto%20del%20artículo-17100-2-10-20150924.pdf>.

- Fernández, T. (1999). *Revista de administración pública; Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*. 150, 57 – 73. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/DialnetDelServicioPublicoALaLiberalizacionDesde1950HastaH-17470.pdf>.
- Fiorini, B. (1997). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Artes Gráficas Candil S.H.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de derecho administrativo: parte general*. Medellín, Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Bike.
- Matías, S. (2009). *Diálogos de saberes: ley de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones << tic >>*. 49 – 72. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/DialnetLeyDeLasTecnologiasDeLaInformacionYLasComunicacion-3224924.pdf>.
- Montaña, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Aguiña, J., Grajales Vásquez, I., Islas Mosqueda, A., & Rosas Flores, M. (1995). *Control presupuestal*. (tesis de grado). Universidad Autónoma, México.
- Retortillo, S. (1996). *Revista de administración pública: reflexiones sobre la << huida >> del derecho administrativo*. 140, 25 – 68. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Downloads/Dialnet-ReflexionesSobreLaHuidaDelDerechoAdministrativo-17310.pdf>.
- Rodríguez, L. (2005). *La explicación histórica del derecho administrativo*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>
- Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, D. (2009). *Particulares que cumplen funciones administrativas en Colombia*. Recuperado de <file:///C:/Users/saris/OneDrive/Documentos/TESIS/Particulares%20que%20cumplen%20funciones%20administrativas%202009.pdf>.
- Suárez, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios: Transformaciones – tendencias del Derecho Administrativo*. Recuperado de <file:///C:/Users/valeg/Desktop/Tesis/lecturas/Cristian%20Díaz.%20Hacia%20una%20definición%20sistemática%20y%20convencional%20del%20Derecho%20administrativo%20para%20el%20ordenamien.pdf>.