

**Delimitación del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios en
Colombia.**

Estudiantes:

María Camila Toro García

Juan Gustavo García Echeverry



Asesor:

David Suárez Tamayo

RESUMEN

En el presente trabajo nos preguntamos si dentro del marco jurídico colombiano es posible que una empresa de servicios públicos domiciliarios, de cualquier naturaleza jurídica, incluya dentro de su objeto social y realice actividades diferentes a la prestación de estos servicios y sus actividades complementarias regulados en la Ley 142 de 1994, con este objetivo se realiza un recorrido por las posturas adoptadas por la jurisprudencia y la doctrina.

PALABRAS CLAVE: Servicio público domiciliario, Objeto social, Empresa de servicios públicos domiciliarios, Ley 142 de 1994, Principios.

ABSTRACT

In the following work, we explore whether it is possible under colombian law that a company of domestic public services, of any legal nature, could include additional activities within what is listed as their social purpose, as well as those provided and regulated by Law 142 of 1994. With this objective, this paper reviews the stand taken by judges in previous cases and by experts in doctrine

KEY WORDS:

Domestic public service, Social purpose, Company of domestic public services, Law 142 of 1994, Principles.

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la relevancia social, jurídica, política y económica que tienen los servicios públicos domiciliarios en el país, el objetivo del presente trabajo de grado es estudiar la posibilidad de que una empresa de servicios públicos domiciliarios pueda desarrollar e incluir en su objeto social actividades no relacionadas con los servicios públicos regulados en el artículo 18 de la ley 142 de 1994¹, a través del marco jurídico y constitucional que regula las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios, las actividades complementarias y las actividades diferentes a la prestación de servicios públicos según la naturaleza de la empresa de servicios públicos domiciliarios, en adelante E.S.P.D; y a través del estudio de casos particulares en los que se evidencian diferentes posiciones, una amplia que parte de la libertad económica, otra restrictiva que afirma que los servicios públicos domiciliarios son una actividad regulada, con objeto especial y exclusivo.

¹ ARTÍCULO 18. OBJETO. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

PARÁGRAFO. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.

2. DEFINICIÓN

Para entender la relevancia de los servicios públicos domiciliarios y tener contexto sobre qué son y quienes pueden prestarlos, daremos a continuación una noción doctrinal y legal de lo que se entiende por servicios públicos domiciliarios, y por ESPD.

2.1. NOCIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Hallar una definición adecuada del concepto de servicios públicos, que comprenda todos sus elementos no es una tarea sencilla debido a que esta deberá contener una gran variedad de actividades destinadas a satisfacer las diferentes necesidades generales de las personas y porque tal como afirma el profesor David Suárez Tamayo, *“Sin lugar a dudas, la noción de servicio público se disputa con la noción de función pública-administrativa, con la noción de prerrogativas o potestades (puissance publique), con el principio del interés general, y con el concepto de administración pública; el objeto de estudio, el núcleo básico, el eje identificador, a partir del cual se ha construido y elaborado la teoría del Derecho Administrativo.”* (Suarez, 2010).

Un ejemplo de esta dificultad se hace evidente al ver lo dispuesto en la Constitución Política de 1991 en el artículo 365, donde se dice que *“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 vigilancia de dichos servicios”*.

De lo anterior se hace evidente la amplitud con la que el tema ha sido tratado, por tanto, es necesario desglosar este concepto, según el doctrinante Gastón Jéze *“Los servicios públicos tienen por objeto satisfacer las necesidades de interés general. Los gobernantes, los agentes públicos y los concesionarios de los servicios públicos, se encargan de organizarlos o de hacerlos funcionar para asegurar el bienestar material, moral e intelectual de los administrados.”* (Jeze, 1948)

El profesor Carlos Atehortua manifiesta que el concepto de servicio público *“se caracteriza por ser una actividad a través de la cual se satisface una necesidad de carácter general, permanente, continua y básica que es prestada a los usuarios de los mismos bajo la sujeción de un régimen jurídico especial”* (Atehortua, 2005)

La Corte Constitucional, dando una noción clásica define los servicios públicos en Sentencia T-540 de 1992 como: *“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.”*

El doctrinante Fabián Marín se ha referido al tema señalando que *“el servicio público se caracteriza por ser una actividad continua o regular, en virtud de la cual debe operar ininterrumpidamente, debido a su importancia para la comunidad; por lo mismo, se trata de una prestación obligatoria, aunque en algunos servicios sujeta al requisito de una tarifa (...) El servicio público también debe estar orientado a la generalidad, lo cual no se opone a que existan beneficiarios concretos; la generalidad se sustenta, a su vez en la característica de la igualdad, que consiste en que el servicio debe llegar a todos los beneficiarios en condiciones similares; razón por la que también se termina haciendo alusión al rasgo de la uniformidad, que significa que la tarifa debe ser proporcional al servicio. En estos casos no se descarta la posibilidad de que quienes pagan más por el servicio reciban contraprestaciones más altas, lo cual no representa un trato desigual, siempre y cuando los demás usuarios también las adquieran en condiciones uniformes”* (Marín, 2010).

En línea con el concepto de la constitución y con el de los distintos doctrinantes mencionados, en el presente trabajo se entenderá servicio público como aquellas actividades reguladas que tienen como objetivo satisfacer necesidades generales, que por su naturaleza constituyen los fines del Estado.

Una vez definida la noción de servicio público cabe referirse a los servicios públicos domiciliarios. Al respecto la Corte Constitucional se manifestó en la sentencia T-578 de 1992 en la que los define como: *“Los servicios públicos “domiciliarios” son aquellos que se prestan 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. El servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél.”*

Esta definición ha sido reiterada por la Corte en varias sentencias incluida la C-060 de 2005 la cual señala que *“Servicio público domiciliario es uno de los mecanismos por los que el estado ha optado para salvaguardar de manera efectiva los derechos fundamentales”*.

Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en su concepto jurídico No. 725 del 01 de septiembre de 2014, señaló que:

“Con la reforma constitucional de 1991 surge la expresión “servicio público domiciliario” como una especie del género “servicio público”, los cuales deben estar sujetos a ciertas reglas específicas que la Constitución señala para ellos en los artículos 367, 368, 369 y 370. Por su parte, el Legislador, en desarrollo del artículo 56 de la Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 4 de la Ley 142 de 1994 cuáles son los servicios públicos esenciales, en los siguientes términos: "Artículo 4o.- Servicios Públicos Esenciales. Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley, se considerarán servicios públicos esenciales.

“De tal manera, son esenciales los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, puesto que los servicios públicos domiciliarios se consideran actividades organizadas para permitir el disfrute de ciertos bienes (como el agua o el gas) o servicios (como el aseo) que se requieren para que el domicilio cumpla sus funciones de protección de intimidad y de productividad del trabajo. A su vez, prestar el servicio significa proporcionar el bien o servicio respectivo.”

Sobre el tema el profesor Carlos Atehortúa hace referencia a lo dicho por el doctrinante Juan Gabriel Rojas López quien señala que:

“Los servicios públicos domiciliarios, son aquellas actividades prestacionales que están orientadas a satisfacer necesidades generales de los usuarios en sus propios domicilios, que son prestadas a través de redes físicas o humanas, y que son calificadas como servicio público domiciliario por el legislador.

“La ley 142 de 1994, que consagró el “Régimen de los servicios públicos domiciliarios,” establece los principios básicos de los servicios públicos domiciliarios.”

aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.” Sin embargo tal como señala Carlos Atehortúa “no es correcta la ecuación según la cual, la ley 142 es la ley de Servicios Públicos Domiciliarios, pues en realidad no todos los servicios públicos que llegan al domicilio y que podrían considerarse esenciales se regulan o están sometidos a las prescripciones de esta ley, además, lo que es más notorio aún, existen actividades que claramente no son servicios públicos domiciliarios y que, sin embargo, están sometidas a los mandatos de la ley, tal es el caso de algunos servicios complementarios de los domiciliarios y de nuevos servicios que en forma inadecuada fueron incluidos en la ley 689 de 2001” (Atehortúa, 2005)

2.2. DEFINICIÓN DE EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (ESPD)

En términos del artículo 17 de la Ley 142, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, sean éstas públicas, mixtas o privadas, o empresas comerciales e industriales del estado (que hayan acogido a la excepción prevista en el párrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, antes de entrar en vigencia la Ley 286 de 1996) cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos domiciliarios definidos en el numeral anterior.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en su concepto No.220-29052 del 22 de junio de 2004 señala:

“El término empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP), lo reserva la ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones, sean estas públicas, mixtas o privadas, que prestan servicios públicos domiciliario, por tanto, sujetas al régimen jurídico especial previsto en ella y de manera subsidiaria, esto es en relación con los asuntos no regulados por la misma, a las reglas que prevé el Código de Comercio para las sociedades anónimas.

“De lo anterior se deduce, que la diferencia básica radica no en la forma societaria, sino básicamente en el objeto social para el cual se constituye y en la aplicación y observancia de las normas especiales previstas en la ley citada. Mientras el artículo 18 de la ley 142/94 dispone que la empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos calificados por el legislador como domiciliarios, o realizan una o varias de las actividades complementarias o una y otra, a quienes se les aplica la mencionada ley; una sociedad anónima que no se encuentra regida por normas

particulares dado su objeto, puede desarrollar la empresa que a bien tenga, observando el ordenamiento mercantil”

Dentro de las definiciones del Artículo 14 de la ley 142, en sus numerales 14.5,14.6 y 14.7 se hace referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios respecto a la procedencia de su capital social y las clasifica como oficiales, mixtas y privadas.

“14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

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

Tal como se manifiesta en el artículo *Las empresas de servicios públicos domiciliarios. Reflexiones sobre su naturaleza jurídica*: “La prestación de esta clase de servicios se encuentra, en general, a cargo de empresas de servicios públicos domiciliarios, en lo sucesivo las ESP, clasificadas por la Ley 142 de 1994 en oficiales, mixtas y privadas, dependiendo del porcentaje de participación del Estado.

Así se tiene que es oficial la empresa en cuyo capital, la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tengan el 100% de los aportes (art.14.5); es mixta aquella en la que las anteriores posean aportes iguales o superiores al 50%(art.14.6); y es privada aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares (art. 14.7). Impone la legislación dos nuevas categorías de entidades denominadas “empresa de servicios públicos mixta” y “empresa de servicios públicos privada” que se suman a la de empresas oficiales ya existentes.

Respecto a la anterior división tripartita, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-736 de 2007¹ sobre la exequibilidad de las disposiciones que las definen expresando que cuando los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 disponen que una empresa de servicios públicos mixta es “aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”, y que una empresa de servicios públicos privada es “aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares” (Subrayado fuera de texto) simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, tomando como criterio la mayor o menor participación accionaria pública, de tal suerte que para los demás efectos –dice el Alto Tribunal- se debe entender como mixta toda empresa en la que haya participación del Estado, cualquiera sea el porcentaje” (Carvajal & Polanco, 2016).

3. RÉGIMEN JURÍDICO

3.1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución Política de 1991 introdujo modificaciones de gran trascendencia al consagrar, expresamente, las normas indispensables para el logro de los objetivos sociales, mediante la regulación básica de los servicios públicos, los cuales asignó la tarea de atender las diversas necesidades esenciales de la población, pero con la posibilidad de su prestación por entidades oficiales sino también de personas de derecho privado y de comunidades organizadas para el efecto. (art. 365 y siguientes), conforme al régimen jurídico especial que determine la ley y, bajo el control y vigilancia de los organismos estatales asignados para el efecto.

Refiriéndose al régimen constitucional de los servicios públicos domiciliarios, el profesor David Suárez, afirma que *“Uno de los cambios importantes que introduce la constitución de 1991 elimina, como regla general el monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos, incluidos los domiciliarios, y en su lugar, consagra la libre competencia (...)”* (Suarez, 2010)

Al disponer en el artículo 365² que los particulares o personas de derecho privado puedan participar en la prestación de los servicios públicos surge para esos posibles prestadores una connotación de orden jurídico de grandes consecuencias como es su sujeción en forma prevalente al régimen especial de orden público dispuesto por el legislador, su sometimiento al control y vigilancia por parte de órganos estatales especializados (superintendencias de servicios públicos domiciliarios, de salud, etc.), y que el derecho privado sólo los comprenderá de manera supletoria para llenar aquellos vacíos que no han sido objeto de trato en el régimen propio de los servicios públicos. Por lo tanto, el principio del libre desarrollo de las personas de derecho privado, en el plano de la igualdad y la libre competencia, en el caso de las personas que se ocupan de prestar servicios públicos o actividades ordenados por el constituyente al legislador para regir la prestación de servicios públicos y a las personas prestadoras, sean públicas o privadas.

La Carta Política creó la nueva figura constitucional, los llamados servicios públicos domiciliarios, para los cuales dispuso en varios preceptos sus normas básicas fundamentales, entre ellas la de ordenar al legislador la expedición de un estatuto regulatorio para la materia y al mismo tiempo encomendar al Presidente de la República dictar las políticas de administración y control de las actividades a cargo de las prestadoras y, ejercer por medio de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios la labor de control, inspección y vigilancia.

El artículo 367³ de la Carta es precisamente la norma que establece como categoría especial de servicio público los denominados servicios públicos domiciliarios. Este mandato otorga competencia al legislador para fijar el régimen tarifario aplicable a los usuarios junto con su

² ARTÍCULO 365. 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.

³C.P. ARTÍCULO 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

cobertura, costos de financiación y calidad, los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos. El mismo mandato también prevé que en determinadas condiciones técnicas y económicas, los servicios domiciliarios sean prestados directamente por cada municipio bajo el apoyo y coordinación del respectivo departamento, e incluso, la posibilidad para que las entidades públicas subsidien a las personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios. Y por ley se deben establecer los derechos y deberes de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y su coparticipación en la gestión y fiscalización de la entidad pública prestadora del servicio. También se reglamenta lo concerniente a la responsabilidad, cobertura, calidad, financiación, tarifas de los servicios públicos domiciliarios, limitando la posibilidad de su prestación a los municipios en forma directa si las características técnicas, económicas y de conveniencias generales, lo permitan y aconsejen y los respectivos departamentos cumplan funciones de apoyo y coordinación.

La Constitución se ocupa en el artículo 368⁴ de la posibilidad de que las entidades territoriales y las descentralizadas subsidien a las personas de menores ingresos para el pago de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. El artículo 369⁵ otorga competencia al legislador para establecer la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades y empresas prestatarias de esta clase de servicios, y en el 370⁶ se otorgó competencia al presidente de la república para regular el control, la inspección y la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre este tipo de entidades.

A la especificidad de las normas invocadas es viable agregar otros preceptos superiores que guardan relación directa con los anteriores: en efecto, el artículo 150 que atribuye al Congreso la función de hacer las leyes, señala en el numeral 23, expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. El artículo 189

⁴C.P. ARTÍCULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

⁵C.P. ARTÍCULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

⁶ C.P. ARTÍCULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten

que atribuye al Presidente de la República la triple condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, le atribuye competencia para sancionar, promulgar, reglamentar, las leyes, etc., y ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (numerales 9, 10, 1, 23, etc.). Así mismo, el artículo 356 que trata del Sistema general de participación de los departamentos, distritos y municipios, ordena al legislador establecer cuáles servicios están a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios y el sistema de participaciones entre las entidades territoriales, teniendo en cuenta que entre los servicios para los cuales deben contribuir figuran los servicios públicos domiciliarios como el de agua potable y saneamiento básico. Dicho mandato ha sido reiterado por varios actos legislativos como el 1° de 1993, el 4 de 1997, el 1° de 2001.

Conforme la voluntad del constituyente se previó para los servicios públicos, incluidos los domiciliarios, la expedición por parte del legislador de un régimen especial, dado el interés colectivo que la adecuada prestación de los servicios entraña para la comunidad, misión que el legislador ha cumplido a través de varios estatutos, de los cuales para éste tiene singular interés la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*. Para la materia objeto de regulación dicho estatuto y demás concordantes de carácter especial, tiene un carácter prevalente sobre los estatutos reguladores de materias propias del derecho privado, como el Código de Comercio, en lo concerniente a las sociedades, pues si bien algunas de sus disposiciones tienen vigencia lo será en aquellos aspectos que no fueron regulados en el estatuto especial y, siempre y cuando guarden relación de concordancia con los principios procedimientos y fines establecidos por la ley para los servicios públicos domiciliarios.

Dentro de la constitución queda plasmada la idea de permanencia de la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero en aras al respeto de la propiedad privada que se configura en la misma, se incorpora la participación de los particulares en la prestación del servicio público, criterio que autorizó al Constituyente de 1991 permitirle a la empresa privada el manejo o la administración de sectores que eran exclusivos monopolios del Estado.

3.2. LEY 142 DE 1994

En la Constitución Política de 1991 se determinó que el Estado sería quien regulará la materia de servicios públicos, en concordancia con esto, surgió la ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Esta ley pretendía cumplir con los siguientes objetivos: extender a toda la población la cobertura de la prestación de servicios, disminuir las tarifas e incrementar la calidad de los servicios.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho que hacen los autores Cabra y Grisales, se establecen los propósitos constitucionales de la ley 142 de 1994 de la siguiente forma: *“El gobierno, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 48 transitorio de la Constitución Política, presentó a consideración del legislativo el proyecto de Ley por la cual se pretendía regular los servicios públicos domiciliarios. Éste, que a la postre sería la Ley 142 de 1994, pretendía cumplir tres propósitos esenciales: en primer lugar, ampliar la cobertura de la prestación a toda la población; en segundo lugar, lograr menores costos y tarifas (eficiencia); tercero, aumentar los niveles de calidad en la prestación de los servicios”* (Cabra & Grisales, 2011).

Como aspectos relevantes de la Ley, el doctrinante Carlos Atehortúa Ríos señala los siguientes;

1. Esta Ley deja de lado el esquema de monopolio estatal sobre los servicios públicos y acoge e incentiva en cambio un modelo de libre competencia.
2. Se incorporó el concepto usuario y se estableció un régimen de protección para estos.
3. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 la Ley eliminó barreras de entrada tales como la necesidad de permisos o licencias para la prestación de servicios públicos en general.
4. Se estableció un régimen de solidaridad con el objetivo de que los sectores económicos más adinerados ayuden al pago de los sectores más necesitados.
5. La Ley incorporó un sistema de igualdad en el cual a todos los prestadores del servicio se les trataría de la misma forma por regla general en asuntos como la regulación, el control, los actos, los contratos y las relaciones con los usuarios.
6. Siguiendo las disposiciones constitucionales se le otorgó la competencia de vigilancia y control a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

7. La tarifa de los servicios se basará en el costo económico de este se tendrán en cuenta los factores de solidaridad y redistribución.
8. Permitir que los proveedores soliciten la imposición de servidumbres a cargo de otros proveedores con el fin de que se dé el aprovechamiento económico de las redes e instalaciones esenciales.
9. La ley promueve la igualdad y el balance en los sistemas de control.
10. La Ley les da reconocimiento a los extranjeros para poder invertir en servicios públicos.
11. Se permite que las entidades territoriales y los proveedores de servicios públicos implementen nuevas modalidades para la administración y gestión.
12. Asoció los poderes exorbitantes a la prestación del servicio, desligando del hecho de que el prestador sea Estado, particular o mixto.

Al momento de establecer la naturaleza jurídica de la ley, para poder determinar su alcance de aplicación, lo manifestado por Carlos Atehortúa es útil ya que él señala que *“El fundamento y origen de la regulación de los servicios públicos en Colombia es constitucional y se halla en los mandatos de los artículos 334 y 370 de la Constitución, en cuanto ellos ordenan que dentro de los límites de la Ley, le corresponde al Estado intervenir en los servicios públicos en general y en particular le corresponde al Presidente mediante actos administrativos señalar las políticas generales de la administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”*, también manifiesta que *“No se trata propiamente ni de una Ley de facultades, ni de autorizaciones y mucho menos de una Ley cuadro, se trata es de una Ley mandatoria que ordena la intervención del Estado en los servicios públicos, lo que debe hacerse por el Presidente de la República utilizando los instrumentos a que hace referencia el artículo 3º de la propia Ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas de los servicios que ellas prestan”* (Atehortúa, Servicios Públicos Domiciliarios, 2003).

En consecuencia y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, la misma debe considerarse una ley ordinaria que ordena al estado a intervenir los servicios públicos. En su artículo 1ro se refiere a su ámbito de aplicación y establece que:

“Artículo 1o. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas

combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.”

De acuerdo con esto, el doctrinante Carlos Alberto Atehortúa desglosa el ámbito de aplicación de la Ley 142 en cuatro componentes:

“El ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 se refiere a cuatro componentes claramente diferenciables:

- *A algunos de los servicios públicos domiciliarios que son, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas, combustible, telefonía pública fija básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.*
- *A las actividades complementarias de los servicios en los términos definidos en el artículo 14 de la Ley.*
- *A las actividades que realizan los prestadores de los servicios determinados en el artículo 15 de la Ley.*
- *A otros servicios que sin tener la calificación de domiciliarios la Ley explícitamente se refiere a ellos.*

En conclusión, la Ley 142 de 1994 sólo se refiere a algunos de los servicios públicos domiciliarios, pero su ámbito de aplicación incluye algunos servicios y actividades que no lo son” (Atehortúa, Servicios Públicos Domiciliarios, 2003)

Es claro que el régimen aplicable a las ESPD es un régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994, y el derecho privado al que se remita dicha ley ante los aspectos no regulados en ella como expondremos a continuación, sin embargo, las excepciones a este régimen jurídico dependen de la naturaleza de la empresa prestadora (oficial, mixta o privada).

El Artículo 19, el cual establece el régimen general de las empresas de servicios públicos, hace remisión al derecho privado en diferentes aspectos de la regulación, especialmente en el numeral 19.15 en el que se hace remisión general al Código de Comercio en los siguientes

términos: *“19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.”*

Respecto al régimen de contratación de las empresas oficiales o con participación estatal el Artículo 31 establece que *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”*, cabe aclarar que todas las entidades estatales de régimen especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 deben cumplir con los principios constitucionales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública⁷.

El Artículo 32 que establece el régimen de actos dispone que *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.”*

El Artículo 39 que regula los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos establece que dichos contratos se rigen por el derecho privado, exceptuando aquellos a través de los cuales se otorga la concesión de recursos hídricos o del espectro electromagnético.

En concordancia con lo dispuesto por el Artículo 13 de la Ley 1150, el Artículo 44 dispone que *“44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.”*

⁷ 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.

4. DEFINICIÓN DE OBJETO SOCIAL

Según el Diccionario del Español Jurídico de la RAE el objeto social se define como *“Actividad o actividades que va a desarrollar la sociedad, que deben figurar en los estatutos sociales y que delimitan el ámbito de actuación de los administradores”*⁸

En el universo de las relaciones jurídicas se denomina como objeto social de las personas jurídicas, a la actividad o actividades que debe desarrollar, las cuales se determinan en sus correspondientes estatutos y conforman el ámbito de sus actuaciones. Se considera que el objeto social es determinante de la capacidad de actuar que goza la persona y, por consiguiente, en ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“la capacidad de obrar de la persona jurídica resulta, en primer término, del fin que persigue (teoría de la especialidad); en segundo término, de los estatutos en los cuales se prevén los medios de realizarlo. Esta capacidad la desempeñan sus órganos, según teoría aceptada por la Corte para explicar el funcionamiento de los entes morales, especialmente los de derecho privado”* (Parra, 1955). Así mismo lo regula el artículo 99 del Código de Comercio de la siguiente forma:

“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

Por consiguiente, el objeto social precisa o marca el campo de actividad de la persona, llámese empresa o negocio, es menester en los estatutos enunciar de manera clara y completa las actividades principales que lo integran, razón por la cual la estipulación en el mismo de actividades enunciadas en forma general o indeterminada o que carezcan de relación directa con él, resultan ineficaces, de acuerdo a lo establecido en el artículo 110 numeral 4 del Código de Comercio, que sanciona los actos de las sociedades que no se enmarque dentro del objeto social con la ineficacia:

⁸ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E168080>

“El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél”

El profesor José Ignacio de Narváez García explica el asunto anterior de la siguiente manera:

“El artículo 99 del Código de Comercio comienza por declarar que: la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Esto significa que sus propios estatutos delimitan dicha capacidad, conforme al fin perseguido. Y el ordinal 4º del artículo 110 ibídem, se refiere al objeto social, es decir, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales, y sanciona con la ineficacia toda estipulación que incluya actos u operaciones indeterminados o sin relación directa con aquel. De manera que la cláusula contentiva del objeto ha de ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acomodaticias acerca de la extensión y comprensión de la capacidad de la compañía.

Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes; y por el objeto secundario la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse en plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tengan relación directa de medio a fin con aquélla. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad. Se refiere a aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar de las actividades enunciadas como principales.

De ahí que la diversificación de operaciones y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexos o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la

especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas respectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica” (Narváez, 1997).

Adicionalmente afirma que: *“La concreción del objeto delimita la capacidad de la sociedad como sujeto de derecho, la validez de las decisiones del órgano máximo y las facultades de los administradores” (Narváez, 1997)*

Por su parte, el legislador en la ley 142 de 1994 definió en su artículo 18 el objeto social de las empresas de servicios públicos, en este artículo señala que dichas empresas tienen como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se refiere dicha ley (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía) o podrán llevar a cabo las actividades complementarias que estas conllevan.

5. ¿PUEDEN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, REGULADAS POR LA LEY 142 DE 1994, MODIFICAR SU OBJETO SOCIAL E INCLUIR ACTIVIDADES DIFERENTES A LAS INCLUIDAS EN LA CITADA LEY?

Los servicios públicos domiciliarios son uno de los medios a través de los cuales el estado cumple con su función social tal como lo establece el artículo 366⁹ de la Constitución, ya que garantizan la equidad en la calidad de vida sus habitantes. Teniendo en cuenta que el Estado con la Constitución de 1991 ha pasado de ser prestador a ser el regulador, y que los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por empresas de carácter público, privado o mixto, siempre que se cumplan con los principios establecidos en la Constitución y con la regulación especial, nos preguntamos si en el marco de esta regulación, la jurisprudencia, los conceptos emitidos por las autoridades de vigilancia y control de estas empresas, la doctrina y de los principios y derechos constitucionales, es posible una empresa de servicios públicos domiciliarios establezca en su objeto social y lleve a cabo actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios regulados en la ley 142 de 1994.

⁹ ARTÍCULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

En el caso de los servicios públicos domiciliarios el objeto social está regulado por el artículo 18 de dicha ley de la siguiente forma:

“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.”

A partir de lo establecido en este artículo 18, se han planteado dos posiciones frente a la posibilidad de las ESPD de incluir en su objeto social y llevar a cabo actividades diferentes a la prestación de servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias a estos.

5.1. TESIS RESTRICTIVA

La primera posición es restrictiva y plantea que las ESPD deben tener un objeto social exclusivo, es decir, sólo pueden prestar los servicios públicos domiciliarios y las actividades complementarias reguladas en el artículo 18 de la ley 142.

Ésta tesis restrictiva fue adoptada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 11001-03-06-000-2012-00032-00 del 04 de junio de 2012, en respuestas a la consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República que buscaba determinar si Interconexión Eléctrica S.A. (ISA) podía suscribir un contrato interadministrativo con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) para la construcción del proyecto “Autopistas de la Montaña” que se encontraba en ejecución y si ese convenio podía ser sobre concesiones viales. Teniendo en cuenta que ISA es una empresa de servicios públicos domiciliarios, regulada por la ley 142 de 1994, se pregunta adicionalmente si esta puede establecer en su objeto social actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios; a la cual respondieron que:

“Las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar dentro de su objeto social cualquiera de los servicios o actividades complementarias previstas en la ley 142 de 1994; en desarrollo de su objeto podrán hacer en el país o en el exterior las inversiones y operaciones que la misma ley les autoriza; por el contrario, no pueden incluir en su objeto social actividades comerciales no relacionadas con tales servicios o actividades complementarias.

En consecuencia, para que las empresas de servicios públicos domiciliarias puedan dedicarse a servicios o actividades distintas a las previstas en la Ley 142 de 1994 se requiere una reforma de esta ley.”

Además, en dicha consulta, el Consejo de Estado pondera los principios constitucionales de libertad económica y la regulación especial que fija la Constitución frente a los servicios públicos domiciliarios, atendiendo a su relación con la finalidad social del estado. Adicionalmente se hace alusión a las limitaciones que en materia constitucional que han establecido para la iniciativa privada, citando a la Corte Constitucional que en Sentencia C-741 de 2003 se señaló:

“En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que “en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (C.P., art. 58) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (C.P., art. 333),” y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación.

Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad” (se resalta).

En este concepto, el Consejo de estado, haciendo un recorrido por las normas aplicables a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y aclara que la libertad de empresa en los servicios públicos domiciliarios, como una actividad especialmente regulada en la constitución y el ley 142, se traduce en “(i) crear y operar libremente empresas que tengan ese fin particular; (ii) escoger para tales empresas uno o varios servicios públicos y/o actividades complementarias, bien sea en el acto inicial de creación o en reformas estatutarias posteriores; (iii) asociarse o hacer inversiones en otras empresas de servicios públicos o que produzcan bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto; y, (iv) desarrollar su objeto en cualquier lugar del país o en el exterior.”

Adicionalmente se aclara el carácter supletivo de la remisión al derecho privado y a las normas de Código de Comercio sobre las sociedades anónimas que contiene la ley 142 de 1994 en su artículo 19 afirmando que este es apenas residual: “para todo lo demás”, en cuanto está dada únicamente para aquello que la propia Ley 142 de 1994 no ha regulado de manera especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios. Precisamente, el artículo 3º de la misma ley establece como regla principal la sujeción de las empresas de servicios públicos al régimen constitucional y legal fijado para ellas.

La anterior tesis ha sido reiterada por el Consejo de Estado en la 73001-23-31-000-2003-00634-01(37566) del 04 de junio de 2015, proferida para dar respuesta a una acción de controversias contractuales en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P por la realización de un contrato, el cual tenía por objeto que la entidad municipal le brindaría a una sociedad de carácter privado la posibilidad de realizar la explotación del servicio público de "matadero", que por su naturaleza se encuentra radicado exclusivamente en cabeza de la administración pública, con el fin de resolver esta controversia el Consejo de Estado se refirió a la naturaleza y al objeto social que deben tener las empresas de servicios públicos, afirmando que: *"Es claro que las empresas de servicios públicos pueden adoptar dentro de su objeto social la prestación de múltiples servicios públicos, pero, siempre y cuando cada uno de ellos se encuentre contemplado entre aquellos regulados por la Ley 142 de 1994, por supuesto, con la obligación de llevar la contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten, en los términos de la misma ley"*.

Adicionalmente, en dicha sentencia, el Consejo de Estado, haciendo una interpretación de la voluntad del legislador al regular el objeto social de las ESPD dentro de la ley 142, sostiene que: *"Luego, si el legislador se detuvo a señalar que "la empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley...", resulta obvio que el querer de la ley es que el objeto sea exclusivo, lo que, a no dudarlo, se debe a la búsqueda de la eficiencia en la prestación de esos servicios y los demás fines previstos en el artículo 2 de la Ley, mediante la incorporación de un mandato imperativo que no puede ser modificado por la misma empresa, ni mucho menos desconocido en el ámbito de las prestaciones que asuma en el tráfico jurídico"*.

Entendiendo entonces que cuando el artículo 18 se refiere al objeto social múltiple hace referencia a tener dentro de su objeto varias de las actividades incluidas en el mismo artículo, es decir, prestar diferentes servicios públicos domiciliarios o prestar servicios públicos en conjunto con sus actividades complementarias reguladas en el artículo 14 de la misma ley, en cuanto al numeral 19.15 del artículo 19 de la ley 142, que hace remisión de lo no regulado en ésta norma sobre las empresas de servicios públicos a la regulación de las sociedades anónimas del Código de Comercio, afirman que parte del principio de subsidiariedad y que es claro el legislador reguló el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios con la intención de restringirlo a los estipulado en el artículo 18 de la ley 142 de 1994.

Esta posición también la ha sostenido la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) en conceptos como el MMECREG 411 de 1996 donde afirmó que: *“Los servicios deberán prestarse dentro del marco definido por el objeto social de la persona prestadora de servicios públicos, la cual no podrá comprometerse en actividades ajenas o extrañas al suministro del servicio, que excedan el objeto social definido por la ley y sus normas estatutarias. Para este efecto, debe tenerse presente que el artículo 18 de la misma ley 142, establece que la “Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizará una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”.*

5.2. TESIS AMPLIA

La segunda concepción, tiene un carácter amplio, sostiene que en virtud del principio de libertad económica plasmado en la Constitución Política y entendiendo que se cumple la función social de las empresas que se pretende con este principio, se debe considerar que las ESPD si pueden llevar a cabo actividades diferentes a las estipuladas el artículo 18 y las complementarias del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, esta concepción ha sido reiterada en diferentes oportunidades por la Superintendencia de Servicios Públicos en conceptos como el SSPD-OJ-2003-0177 donde ha afirmado que: *“las empresas de servicios públicos pueden realizar o prestar otros servicios diferentes de los que trata la Ley 142 de 1994, siempre y cuando estén previstos en su objeto social y ello no ponga en riesgo la eficiente y continua prestación del servicio público a su cargo.”*

También se refirió al tema en el concepto SSPD-OJ-2003-177 se señaló que:

“Según el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, el objeto de las citadas empresas es la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica dicha la referida ley o pueden dedicarse a actividades complementarias de los mismos.

Al efectuar una interpretación sistemática de las normas constitucionales, legales y regulatorias se encuentra que el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios se basa en la libre iniciativa privada y la libre competencia, sin que exista restricción al objeto social de las empresas de servicios públicos y a las actividades que pueden desarrollar.

El artículo 99 del Código de Comercio, aplicable a las empresas de servicios públicos establece que la capacidad jurídica de las sociedades se circunscribe al desarrollo de las actividades previstas en su objeto.

En consecuencia, las empresas de servicios públicos pueden realizar o prestar otros servicios diferentes de los que trata la Ley 142 de 1994, siempre y cuando estén previstos en su objeto social y ello no ponga en riesgo la eficiente y continua prestación del servicio público a su cargo.

Ahora bien, para efectos del cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que corresponde adelantar a la Superintendencia de Servicios Públicos, las personas que presten servicios y/o actividades distintas de los previstos en las leyes las Leyes 142 y 143 de 1994 y demás normas concordantes, deberán llevar contabilidades, cuentas y presupuestos separados”.

Nuevamente en el Concepto SSPD-OJ-2009-574, la Superintendencia se manifestó sobre el asunto, pero concentrándose en la libre iniciativa y la libre competencia que debe aplicarse en la prestación de servicios públicos, al señalar que: *"En el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, se establece que el objeto de las empresas prestadoras de servicios públicos es la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la mencionada ley o que puedan derivarse de actividades complementarias de los mismos. En cuanto a la interpretación de la norma anterior, esta Oficina Asesora Jurídica se ha manifestado de manera reiterada en diferentes conceptos, entre otros SSPD-OJ- 2007-182, SSPD-OJ-2007-227, y ha indicado que en la prestación de servicios públicos se debe dar aplicación a la libre iniciativa y a la libre competencia, sin que se dé una restricción en los objetos sociales y a las actividades a desarrollar. De la misma manera, se ha anotado que por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos se pueden prestar otros servicios siempre y cuando estén previstos en su objeto social y ello no ponga en riesgo la prestación del servicio a su cargo de manera eficiente y continua. Teniendo en cuenta lo anterior, la empresa podrá prestar los servicios anotados en tanto estos se encuentren dentro de su objeto social. De no ser así, dicha prestación deberá estar precedida de la respectiva reforma estatutaria teniendo en cuenta, para tal efecto, las normas que gobiernan a las empresas industriales y comerciales del orden territorial."*

Adicionalmente, la Superintendencia en el Concepto 229 de 2018 ha argumentado sobre la posibilidad de que una empresa de servicios públicos que a su vez sea constituida como una sociedad por acciones simplificada desempeñe actividades distintas a la prestación de servicios públicos domiciliarios partiendo de la posibilidad que tienen las ESPD de involucrarse comercialmente con otra empresa sin importar cuál sea su objeto social:

“Ahora y con el fin de determinar si es posible que una empresa de servicios públicos, creada como sociedad por acciones simplificada, pueda desarrollar, dentro de su objeto social, otras actividades diferentes a la prestación de un servicio público domiciliario, debemos remitirnos al primer inciso del párrafo del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 (...).”

Analizando el anterior precepto normativo, podemos deducir lógicamente, que si una prestadora de servicios públicos domiciliarios, legalmente está facultada para involucrarse comercialmente con otra empresa, cualquiera que sea su objeto social, también le está permitido desarrollar un objeto social múltiple.”

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia del magistrado Jorge León Arango con radicado “05001-23-31-000-2009-01037-00” trató la controversia generada en el año 2008 por la incursión de EPM en el negocio de la financiación de electrodomésticos al brindar créditos a las personas de bajos recursos para poder acceder a estos objetos, lo cual para algunos constituía una desviación de su objeto social ya que EPM al ser una empresa comercial e industrial del Estado prestadora de servicios públicos, debe de ceñir su actuar a sus estatutos y al objeto social que la Ley 142 de 1994 reguló para estas empresas.

En la sentencia en cuestión el Tribunal Administrativo de Antioquia analizó si EPM estaba facultado o no para realizar la implementación del programa de financiamiento de electrodomésticos de acuerdo al objeto social establecido en sus estatutos, citando a la Superintendencia de Servicios Públicos el Tribunal manifestó que:

“Según el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, el objeto de las citadas empresas es la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica dicha la referida ley o pueden dedicarse a actividades complementarias de los mismos.

Al efectuar una interpretación sistemática de las normas constitucionales, legales y regulatorias se encuentra que el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios se basa en la libre iniciativa privada y la libre competencia, sin que exista restricción al objeto social de las empresas de servicios públicos y a las actividades que pueden desarrollar.

“El artículo 99 del Código de Comercio, aplicable a las empresas de servicios públicos establece que la capacidad jurídica de las sociedades se circunscribe al desarrollo de las actividades previstas en su objeto.

En consecuencia, las empresas de servicios públicos pueden realizar o prestar otros servicios diferentes de los que trata la Ley 142 de 1994, siempre y cuando estén previstos en su objeto social y ello no ponga en riesgo la eficiente y continua prestación del servicio público a su cargo”.

Se evidencia que el Tribunal Administrativo de Antioquia en esta providencia adopta una postura de carácter amplio, toda vez que afirma que una empresa de servicios públicos puede realizar cualquier tipo de actividad que se encuentre incluida dentro de sus estatutos y no únicamente la prestación de servicios públicos o actividades complementarias a estos.

Como se había señalado previamente y en la misma línea que los argumentos anteriores el doctrinante Carlos Bernal Pulido acoge esta concepción y considera que el objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios debe ser prevalentemente la prestación de alguno de los servicios regulados en la Ley 142 pero no debe restringir el objeto a que exclusivamente presten uno de estos servicios y lo fundamenta al referirse a la concepción restrictiva señalando que:

“Esta última interpretación parece incompatible con los principios constitucionales que rigen la libertad económica. Así mismo, vulnera el principio de confianza legítima de las ESPD que han trazado sus planes de negocios con fundamento en la tesis sostenida por la superintendencia. También crea una discriminación desfavorable a estas empresas, en comparación con otros actores del mercado.” (Pulido, 2016)

Adicionalmente señala que la concepción amplia sostiene que la remisión que hace el numeral 19.15 del artículo 19 de la ley 142 a la regulación de las sociedades anónimas del

Código de Comercio en lo no regulado por la ley 142 implica que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden incluir cualquier actividad dentro de su objeto, y que el artículo 18 regula lo que deben incluir para ser consideradas como empresas de servicios públicos pero no restringe la posibilidad de realizar cualquier otra actividad mercantil lícita.

Por su parte, dentro del monografía titulada *Debate Sobre el “Objeto”*, se postula una tesis amplia que se fundamenta en la confianza legítima generada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al emitir conceptos, como los que se expusieron anteriormente, que aunque no son vinculantes, son de carácter técnico, y afirman que el artículo 333 de la Constitución Política debe establecerse como principio de interpretación el artículo 30 de la ley 142:

“ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Adicionalmente, hacen un análisis de las restricciones a la libertad de empresa de los operadores de servicios públicos domiciliarios estudiando los principios de libre iniciativa privada y libre competencia en las ESPD, y señalan que las restricciones van encaminadas al cumplimiento de las finalidades de las empresas como prestadoras: *“En esta medida, el ejercicio de la libertad de empresa por parte de las empresas industriales y comerciales del estado, que prestan servicios públicos domiciliarios, al constituir un instrumento de intervención estatal mediante el cual se busca la creación de condiciones de equidad y transparencia que garanticen la estabilidad del mercado y la libre competencia entre los distintos agentes partícipes en él, se encuentra limitado no solo por las restricciones reforzadas aplicables a los operadores que revisten la forma de sociedad anónima, sino*

también por todas aquellas condiciones formales y sustanciales que permiten verificar cumplimiento de las finalidades y objetivos señalados por el órgano que crea y autoriza la creación de este tipo de empresas” (Quintero, Amaya, Gil, & Bedoya, 2012)

Por último, concluyen que teniendo en cuenta que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad del estado, si bien las empresas pueden tener objeto múltiple, y realizar otro tipo de actividades, es claro que estas no podrán prevalecer sobre la prestación de los servicios públicos. En caso de no prestar los servicios en debida forma se generaría un riesgo para la comunidad, no sólo en términos económicos, sino de cobertura, calidad y continuidad que son los pilares fundamentales en los servicios, y al estar relacionados directamente con la vida, la salud y la calidad de vida, los cuales son derechos fundamentales, gozan de una especial protección constitucional y legal.

La multiplicidad del objeto y la inclusión de nuevas actividades, es posible, en la medida en que se respeten los límites legales y demás que consideren los entes reguladores, para así garantizar que la ESPD continúe prestando correctamente los servicios.

En este punto se hace importante resaltar lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-197 de 2012 al referirse al desarrollo del modelo económico colombiano que plantea la libertad económica y la libertad de empresa, cuando señala que: *“Libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica”*

Aun haciendo esta aclaración es importante anotar que la intervención del estado en los servicios públicos domiciliarios busca garantizar que éstos se presten de manera eficiente y continua para que se materialicen los derechos fundamentales de los habitantes y que la intervención en la economía se hace para corregir las fallas del mercado, por lo tanto, limitar el objeto social de las EPSD debe tener fundamento en estos postulados y no solo en una norma que trae la prohibición expresa de la inclusión de actividades no relacionadas con los servicios públicos.

6. CONCLUSIÓN

El presente artículo ha intentado contribuir con una revisión sobre el debate que se presenta alrededor del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ya que jurisprudencialmente se ha acogido una tesis por la cual las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidas a realizar exclusivamente las actividades que la Ley 142 de 1994 les asignó, en contrapartida distintos doctrinantes y anteriormente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios consideraban que, en virtud de distintos principios como la libertad de empresa, las empresas de servicios públicos deberían tener la posibilidad de realizar cualquier actividad que se encuentre incluida en sus estatutos o en su objeto social, y que en caso de no estar incluida se permita la posibilidad de modificarlos.

Se contextualiza la temática mediante la definición de distintos conceptos como lo es la noción de servicio público que se define como aquellas actividades reguladas que tienen como objetivo satisfacer necesidades generales, que por su naturaleza constituyen los fines del Estado y también en el mismo apartado se ahondó en su subespecie que son los servicios públicos domiciliarios que son aquellos servicios prestados en el domicilio de los individuos.

Posteriormente, se profundiza en la definición de las empresas de servicios públicos domiciliarios que son aquellas que llevan a cabo la prestación de los servicios públicos, sobre estas debe resaltarse que por ley han sido clasificadas haciendo referencia a los aportes en su capital, en tres tipos; oficiales, mixtas y privadas y en el régimen constitucional y legal aplicable a las mismas.

Con el contexto normativo de los servicios públicos domiciliarios se expuso el debate central sobre la posibilidad de las ESPD de incluir dentro de su objeto social actividades diferentes a la prestación de servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias a través del estudio de casos particulares en los que se evidencian diferentes posiciones, una amplia que parte de la libertad económica, otra restrictiva que se refiere a los servicios públicos domiciliarios como una finalidad del Estado, y como una actividad regulada, con objeto especial y exclusivo.

7. BIBLIOGRAFÍA:

- Atehortúa, C. A. (1998). *El Régimen General de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Atehortúa, C. A. (2003). *Servicios Públicos Domiciliarios*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Jézé, G. (1949). *El funcionamiento de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ed. Dapalma.
- Monsalve, M. R. (1989). *Notas para un curso de derecho administrativo general*. Medellín: Colección Universidad de Medellín.
- Narváez, J. I. (1997). *Teoría General de las Sociedades*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Perdomo, J. V. (1980). *Derecho administrativo*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
- Pulido, C. B. (10 de febrero de 2016). *Ámbito Jurídico*. Obtenido de ¿Deben los servicios públicos domiciliarios ser objeto exclusivo de las ESPD?: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional-y-derechos-humanos/deben-los-servicios-publicos-domiciliarios-ser-objeto>
- Tamayo, D. S. (2010). *HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Transformaciones-tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Parra, M. B. (1955). Capacidad de Obrar de las Personas Jurídicas. Gaceta Judicial Tomo LXXVII, 845.
- Cabra, A., & Grisales, R. (2011). La Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho. *Con-texto*, 11-44.
- Carvajal, B., & Polanco, M. (2016). Las empresas de servicios públicos domiciliarios. Reflexiones sobre su naturaleza jurídica. *Revista Jurídica Piélagus*, 103-109.
- Marín, F. (2010). Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.
- Quintero, A., Amaya, L., Gil, A., & Bedoya, H. (2012). Debate sobre el "objeto". Medellín: Letras Jurídicas.
- Corte Constitucional. (01 de febrero de 2005) Sentencia C-060-05 [M.P. Jaime Araujo Rentería]

- **Corte Constitucional. (28 de agosto de 2003) Sentencia C-741-03 [M.P Manuel José Cepeda Espinoza]**
- **Corte Constitucional. (14 de marzo de 2012) Sentencia C-197-12 [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]**
- **Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (04 de junio de 2012) Sentencia 11001-03-06-000-2012-00032-00 [M.P William Zambrano Cetina]**
- **Consejo de Estado, Sección tercera. (04 de junio de 2015) Sentencia 73001-23-31-000-2003-00634-01 [M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa]**