

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS – Naturaleza jurídica

El constituyente de 1991 facultó al legislador para establecer un régimen jurídico especial que regule los servicios públicos tanto domiciliarios como no domiciliarios. Así quedó plasmado en el artículo 365 de la Constitución Política al señalar que «[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley». Esta especialidad del régimen jurídico de los servicios públicos también se evidencia de lo dispuesto en los artículos 366 al 370 *ibidem*.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 366 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 367 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 368 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 369 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 370

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS – Personas habilitadas

[E]l legislador expidió la Ley 142 de 1994 «por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones». De conformidad con dicha ley, las personas que están habilitadas para la prestación de los servicios públicos, según lo establece el artículo 15, son: (...) Las empresas de servicios públicos bien sean oficiales, mixtas o privadas; (...) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; (...) Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos; (...) Las organizaciones autorizadas conforme a la Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; (...) Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; y, (...) Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del estado (parágrafo del artículo 17 *ibidem*).

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA – Naturaleza jurídica / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen jurídico distinto

Sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es decir, la primera forma bajo las cuales se pueden prestar estos servicios, el artículo 17 de la citada ley indicó que ellas deben ser sociedades por acciones. (...) En relación con las empresas de servicios públicos mixtas, las cuales son objeto de la presente consulta, su naturaleza jurídica es la de ser sociedades por acciones en «cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%». (...) En conclusión, las empresas de servicios públicos mixtas, si bien están constituidas por capital público y privado, al igual que una sociedad de economía mixta, son una tipología especial de entidades públicas, que tienen un régimen y una naturaleza jurídica propios, por así determinarlo el constituyente primario en los artículos 365 y 367 de la Constitución, características que están definidas en

la Ley 142 de 1994, como se indicó. Por tal razón, no deben confundirse con las sociedades de economía mixta.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 17 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 366 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 367

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza jurídica y características de las empresas de servicios públicos mixta ver Corte Constitucional C- 736 de 2007

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS – Régimen jurídico aplicable / REGLAS ESPECIALES DE HERMENÉUTICA - En materia de servicios públicos domiciliarios

[L]a Corte, luego de precisar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, concluyó que estas sí forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público en su condición de entidades descentralizadas. A esta conclusión llegó, luego de analizar los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, parcialmente demandados, pues el actor era de la tesis negativa expuesta en líneas precedentes. Dijo la Corte que si bien en el literal d), del numeral 2, del artículo 38 y en el artículo 68 se mencionan únicamente, como integrantes del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, ello no significa que el legislador haya excluido a las otras dos modalidades de empresas de servicios públicos, es decir, a las mixtas y a las privadas. Tanto las empresas de servicios públicos mixtas como las privadas, en la medida que concurren en su creación con capital público, también integran la estructura de la administración, pues el artículo 38, numeral 2, literal g), incorpora a «[l]as demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público», y el artículo 68 considera como entidades descentralizadas del orden nacional a «las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio». (Subrayado de la Sala). (...) [L]as empresas de servicios públicos mixtas tienen la condición de entidades descentralizadas, y, por lo tanto, forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público. En tal condición, las empresas de servicios públicos mixtas están sometidas a un régimen especial contenido en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994. En el evento de existir vacíos en dicho régimen, se les aplica, de manera residual, la Ley 489 de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 38 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 68 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 17 PARÁGRAFO 1, INCISO 2

NOTA DE RELATORÍA: En este pronunciamiento se realiza un recuento de las disposiciones específicas en materia de hermenéutica, que complementan y en ocasiones modifican los criterios clásicos de interpretación, las cuales deben ser tenidas en cuenta cuando se requiera interpretar las normas jurídicas de los servicios públicos domiciliarios

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prevalencia de la ley 142 de 1994 ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia Rad. 25000-23-27-000-2003-00230-01 del 6 de marzo de 2008

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA – Régimen de control interno

[U]no de los temas regulados expresamente por la Ley 142 de 1994 es el régimen «Del Control de Gestión y Resultados» dentro del que se encuentra el régimen de control interno en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Este régimen está contenido en el Título IV, Capítulo I, artículos 45 al 52 de dicha ley. Sobre el control interno de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la citada ley señala que: (...) Es «el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizado por la administración de cada empresa para lograr que sus objetivos se cumplan» (artículo 46, inciso 1). (...) Debe «disponer de medidas objetivas de resultado, o indicadores de gestión, alrededor de diversos objetivos, para asegurar su mejoramiento y evaluación» (artículo 46, inciso 2). (...) Su progresiva incorporación y aplicación del control interno es vigilado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo cual debe velar porque «se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las comisiones de regulación» (artículo 47). (...) Puede contratarse «la definición y diseño de los procedimientos de control interno, así como la evaluación periódica de su cumplimiento» con entidades privadas (artículo 48). (...) Es «responsabilidad de la gerencia de cada empresa de servicios públicos» (artículo 49). (...) Las «responsabilidades de evaluación y vigilancia del control interno» que cumple la auditoría interna son delegadas por la Gerencia de las empresas de servicios públicos (artículo 49). (...) Cada empresa de servicios públicos es la encargada de determinar la «organización y funciones de la auditoría interna» (artículo 49). De lo anterior, se evidencia que la Ley 142 de 1994 regula en su integridad el control interno de las empresas de servicios públicos. Se resalta de tal normativa la definición expresa y propia que le da al control interno en estas entidades, la asignación de la responsabilidad de dicho control a la Gerencia, y la atribución que tienen las empresas de servicios públicos para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 45 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 46 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 47 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 48 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 49 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 50 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 51 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 52

JEFE DE CONTROL INTERNO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS – Régimen laboral

[L]as personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos mixtas, incluido el jefe de la Oficina de Control Interno, adquieren el carácter de trabajadores particulares. En tal condición, están sometidos al régimen laboral del Código Sustantivo del Trabajo y a las normas de la Ley 142 de 1994, tal como lo prescribe el artículo 41 *ibidem*

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 41

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00204-00(2454)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Referencia: Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. Entidades descentralizadas de servicios públicos mixtas, régimen aplicable. Reglas especiales de hermenéutica en materia de servicios públicos domiciliarios. Régimen de control interno en las empresas de servicios públicos mixtas. Régimen laboral del jefe de control interno en dichas empresas - potestad nominadora.

El señor director del Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar acerca de la aplicabilidad o no de los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a las empresas de servicios públicos mixtas, disposiciones que modificaron la Ley 87 de 1993 y que le otorgaron al presidente de la República la competencia para nombrar jefe de control interno en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Asimismo, solicitó indicar, la calidad que debe tener el jefe de control interno de estas entidades, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, lo sustentó en la «abierta redacción del art. 8 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el art. 11 de la Ley 87 de 1993 -normas generales en materia de control interno- frente a la especialidad de las normas consagradas respecto a la misma materia en la Ley 142 de 1994».

I. ANTECEDENTES

El director del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) fundamenta su consulta haciendo una relación inicial de las diferentes normas jurídicas que, en su criterio, se encuentran en aparente conflicto.

Sobre el régimen general de control interno, menciona lo señalado por los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, 5 (campo de aplicación) y 10 (jefe de la unidad u oficina de coordinación de control interno) de la Ley 87 de 1993, y, 8 (designación del responsable de control interno) y 9 (reportes del responsable de control interno) de la Ley 1474 de 2011, normas estas últimas que modificaron los artículos 11 y 14, respectivamente, de la Ley 87 de 1993.

Sobre el régimen de control interno de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cita los artículos 365 de la Constitución Política y 45 (principios rectores del control), 46 (control interno), 47 (participación de la Superintendencia), 48 (facultades para asegurar el control interno), 49 (responsabilidad por el control interno) y 52 (concepto de control de gestión y resultados) de la Ley 142 de 1994.

De otro lado, menciona el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 que regula la naturaleza de las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, quienes tienen el carácter de trabajadores

particulares sometidos al Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142.

Y, por último, relaciona los artículos 40 y 68 de la Ley 489 de 1998, el primero de los cuales, reafirma que aquellas entidades que tengan un «régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes», y el segundo, que determina cuales son las entidades descentralizadas del orden nacional, dentro de las cuales se incluyen a las empresas oficiales de servicios públicos.

Con fundamento en dichos antecedentes jurídicos, el director del DAFP planteó las siguientes disyuntivas:

1. Sobre el régimen de control interno aplicable

Indicó que «existe un régimen general de Control Interno contenido en la Ley 87 de 1993, que surgió en desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en el artículo (sic) 209 y 269 de la Constitución Política», pero que dicha ley no se refirió de manera expresa a las empresas de servicios públicos mixtas, pues ellas fueron creadas por una norma especial y posterior. Dicha ley solo incluyó a las sociedades de economía mixta que tienen naturaleza especial y distinta a las empresas de servicios públicos mixtas.

Por otro lado, en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política «se encuentra la Ley 142 de 1994 que establece todo un sistema de gestión y control interno para las empresas de servicios públicos domiciliarios que implica la participación de distintos actores como la Gerencia de la empresa, la auditoría interna, las comisiones de regulación de cada servicio y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios».

2. Sobre la designación del jefe de control interno de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas del orden nacional

Señaló que la designación del jefe de control interno de las entidades del orden nacional está a cargo del presidente de la República, según lo prescrito por la Ley 1474 de 2011 que modificó la Ley 87 de 1993.

En contraposición con tal norma, el artículo 49 de la Ley 142 de 1994 establece «que la actividad de control interno es responsabilidad de la Gerencia de las Empresas de Servicios Públicos y que en consecuencia su organización corresponde a la esfera empresarial».

Indicó que tal prerrogativa puede derivarse del escenario de competencia en que se encuentran estas empresas, las cuales deben «contar con elementos eficaces e inmediatos de control y gestión, ajustados a las necesidades y particularidades de cada empresa para corregir las situaciones que le permitan ser más eficaz en escenarios de competencia».

3. Sobre la calidad del jefe de control interno en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas del orden nacional

Dijo que, en las entidades del orden nacional, según las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011, el jefe de control interno tiene la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción.

Pero, según el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, los trabajadores de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas tienen la calidad de trabajadores particulares regidos por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Indicó que este régimen especial laboral incluye a los gerentes, quienes son los responsables del control interno, según lo prescrito por el artículo 49 *ibidem*. Dicha disposición, además, autoriza la delegación del control interno a la auditoría interna. En consecuencia, hace la reflexión en el sentido de «cómo operaría una delegación desde un trabajador particular a un empleado público, en el evento en que así se determinase su calidad».

Precisó que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas tienen plantas de personal que no se rigen por el servicio público de empleo y no manejan la nomenclatura propia del empleo público, lo que genera la duda de si, en caso de que se aplique la Ley 87 de 1993, se requiera una reforma en la planta de personal de estas empresas, quedando todos los cargos de naturaleza privada, excepto un solo cargo que sería de empleado público.

4. Sobre el alcance de la Ley 1474 de 2011 en la Ley 142 de 1994

Planteó la necesidad de «precisar si [la] Ley 1474 de 2011, tuvo el alcance de modificar los presupuestos especiales de control interno contenidos en la Ley 142 de 1994». Tal duda surge por lo señalado en el artículo 186 de la última norma citada que señala:

ARTÍCULO 186. CONCORDANCIAS Y DEROGACIONES. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

(...)

5. Sobre las actuaciones adelantadas por la Comisión de Regulación de Energía (CREG)

Indicó que la «Ley 142 de 1994 involucró en el sistema de control interno de las empresas de servicios públicos domiciliarios varios actores, entre ellos impuso a la comisión de regulación de cada servicio público, un rol importante en materia de Control Interno». Dijo que «es competencia de cada comisión de regulación, promover y regular el balance de los mecanismos de control y determinar los criterios, evaluaciones y modelos de control interno».

Trajo a colación la Resolución CREG 053 de 2000 que señaló, en materia de control interno de las empresas de energía, lo siguiente:

El régimen jurídico aplicable al control interno será el régimen establecido en la Ley 142 de 1994. Para su ejercicio, cada empresa definirá y diseñará los

procedimientos que garanticen su eficiente evaluación. Las empresas podrán contratar con entidades privadas la definición y diseño de los mencionados procedimientos, cuando lo consideren necesario.

Con base en lo antes reseñado, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Están excluidas las empresas de servicios públicos mixtas del orden nacional, de las modificaciones que introdujo el (sic) art. 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993?
2. De ser afirmativa la anterior respuesta, ¿Qué calidad debe tener el Jefe de Control Interno en estas entidades, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 41 de la Ley 142 de 1994 frente a la calidad de los trabajadores de las empresas de servicios públicos mixtas?
3. En caso de que se determine la aplicación de la Ley 87 de 1993 y se confirme que el Jefe de Control Interno debe ser empleado público. ¿Cómo opera la delegación de la responsabilidad de Control Interno que está en cabeza del Gerente de una empresa de servicios públicos mixta -que es un trabajador de carácter particular- frente al Jefe de Control interno -que ostentaría la calidad de empleado público?

II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en la consulta consiste en establecer si las modificaciones introducidas por los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993, respecto de la facultad otorgada al presidente de la República para nombrar al jefe de control interno de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, excluyen a las empresas de servicios públicos mixtas.

De ser afirmativa la respuesta, debe resolverse la calidad que adquiere dicho jefe de control interno, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994. Pero, si la respuesta es negativa, debe resolverse cómo opera la delegación de la responsabilidad del control interno de un trabajador particular (gerente) a un empleado público (jefe de control interno), dado que este carácter se desprende de lo señalado en la Ley 1474 de 2011.

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas; ii) Entidades descentralizadas de servicios públicos mixtas. Régimen jurídico aplicable; iii) Reglas especiales de hermenéutica en materia de servicios públicos domiciliarios; iv) Régimen de control interno en las empresas de servicios públicos mixtas; v) Régimen laboral del jefe de control interno de las empresas de servicios públicos mixtas, y, vi) Conclusiones.

I. Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas

El constituyente de 1991 facultó al legislador para establecer un régimen jurídico especial que regule los servicios públicos tanto domiciliarios como no domiciliarios. Así quedó plasmado en el artículo 365 de la Constitución Política al señalar que «[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije

la ley». Esta especialidad del régimen jurídico de los servicios públicos también se evidencia de lo dispuesto en los artículos 366 al 370 *ibidem*.¹

En desarrollo de este precepto constitucional, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 «por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones».

De conformidad con dicha ley, las personas que están habilitadas para la prestación de los servicios públicos, según lo establece el artículo 15, son:

1. Las empresas de servicios públicos bien sean oficiales, mixtas o privadas²;
2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;
3. Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos;
4. Las organizaciones autorizadas conforme a la Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas;
5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; y,
6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del estado (parágrafo del artículo 17 *ibidem*).

Sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es decir, la primera forma bajo las cuales se pueden prestar estos servicios, el artículo 17 de la citada ley indicó que ellas deben ser sociedades por acciones.

¹ Al respecto, la Corte Constitucional indicó: « De conformidad con este marco se le ha confiado al Legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten un servicio público, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente¹⁵». Sentencia C-741 de 2003. La siguiente cita es del original del texto: ¹⁵Ver entre otras, las sentencias C-284 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell, C-263 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell; y C-517 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

²De conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, artículo 14, numerales 14.5, 14.6 y 14.7, estas empresas se definen de la siguiente manera: **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. **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%. **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. (Apartes subrayados fueron declarados exequibles mediante la Sentencia C- 736 de 2007).

Pero, aquellas cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones deben constituirse como una empresa industrial y comercial del estado³.

En relación con las empresas de servicios públicos mixtas, las cuales son objeto de la presente consulta, su naturaleza jurídica es la de ser sociedades por acciones en «cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»⁴.

La definición de sociedades por acciones no fue clara ni suficiente para las altas Cortes ni para la doctrina, las que, durante muchos años, sostuvieron diferentes posiciones acerca de si, pese a tener la connotación de sociedades por acciones, adquirirían igualmente la condición de sociedad de economía mixta, o de sociedad privada o si tenían una naturaleza jurídica propia.

Luego de esta divergencia jurídica, la Corte Constitucional finalmente, en la Sentencia C-736 de 2007⁵, la cual goza de fuerza de cosa juzgada constitucional, concretó la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. Dijo que estas empresas son una tipología especial, que tienen su propio régimen y naturaleza jurídicos, definidos por el legislador en la Ley 142 de 1994, entre otras, en desarrollo, especialmente, de los artículos 365 y 367 de la Constitución. En tales disposiciones constitucionales, el constituyente primario resaltó la importancia que tiene la prestación eficiente de los servicios públicos por estar íntimamente vinculados a la finalidad social del Estado.

Así, el alto Tribunal lo dejó plasmado en su jurisprudencia:

4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que 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”*, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. (...) Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

³Ley 142 de 1994, artículo 17: «**NATURALEZA.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. / **PARÁGRAFO 1o.** Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado...».

La Corte Constitucional declaró exequible la expresión «son sociedades por acciones» mediante la Sentencia C- 741 de 2003. Al respecto sostuvo: «Una lectura sistemática de la Ley 142 de 1994, permite concluir que el artículo 17 regula sólo una de las formas bajo las cuales se pueden prestar servicios públicos domiciliarios, pero no incluye dentro de tal regulación ni a los municipios, ni a las entidades descentralizadas que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, ni mucho menos a “las organizaciones autorizadas”».

⁴ Ley 142 de 1994, artículo 14, numeral 14.6.

⁵ Mediante la Sentencia C-736 de 2007, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

Corroborar la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al (sic) legislador idear otras formas de organismo público o mixto. (...)

En desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. (...) (Subrayado de la Sala).

En su análisis jurídico, la Corte destacó las características de las sociedades de economía mixta⁶ por ser la modalidad de entidad descentralizada con la que se generó una mayor confusión respecto a la naturaleza de las empresas de servicios públicos mixtas.

Es así como el alto Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia, concluyó, que no pueden confundirse a las empresas de servicios públicos mixtas con las sociedades de economía mixtas, pues son dos clases diferentes de entidades, y reiteró la naturaleza especial de aquellas. Dijo sobre el particular:

“5.2. Las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta.

[...]

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

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “*empresa de servicios públicos*”, resulta obvio que la ley puede establecer

⁶ «En relación con esta última categoría [se refiere a las sociedades de economía mixta], un grupo de disposiciones superiores determinan hoy en día las características constitucionales de tales sociedades, asunto que ha sido estudiado pormenorizadamente por esta Corporación, que al respecto ha señalado, entre otras cosas, que: (i) las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales relativas a la determinación de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal)⁶; (ii) las sociedades de economía mixta se conforman con participación económica concurrente del Estado y de los particulares, en cualquier proporción ⁶; (iii) que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998⁶; y (iv) que la precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme a lo dispuesto por artículo 210 de la Constitución en concordancia con los artículos 150-7 y 209 ibídem.⁶». Corte Constitucional, Sentencia C- 736 de 2007.

diferencias de regulación que atiendan 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 (sic) 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 que (sic) como vinculado a “a la finalidad social del Estado”.

En igual sentido, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos señaló:

Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.⁷

En conclusión, las empresas de servicios públicos mixtas, si bien están constituidas por capital público y privado, al igual que una sociedad de economía mixta, son una tipología especial de entidades públicas, que tienen un régimen y una naturaleza jurídica propios, por así determinarlo el constituyente primario en los artículos 365 y 367 de la Constitución, características que están definidas en la Ley 142 de 1994, como se indicó. Por tal razón, no deben confundirse con las sociedades de economía mixta.

II. Entidades descentralizadas de servicios públicos mixtas. Régimen jurídico aplicable

Una de las inquietudes generadas con la expedición de la Ley 142 de 1994 que definió la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos, entre ellas, las mixtas, era si estas formaban parte o no de la estructura del Estado. Esta inquietud se profundizó con la expedición de la Ley 489 de 1998, que dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

Al respecto surgieron diversas tesis jurisprudenciales y doctrinarias, las cuales se sintetizan de la siguiente manera:

- i) Una tesis negativa que consideró que estas empresas de servicios públicos mixtas no formaban parte de la estructura del Estado.

Dentro de esta corriente existen dos posiciones:

- a. Aquella posición que sostuvo que las empresas de servicios públicos mixtas al ser consideradas como entidades privadas, con fundamento en el régimen jurídico aplicable, no formaban parte de la Rama Ejecutiva del poder público.⁸

⁷ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios en el contexto del precedente judicial. Biblioteca Jurídica Dike, 2017, pp. 108 - 109. ISBN 978-958-731-168-6

⁸ Esta posición de no pertenecer a la Rama Ejecutiva por ser consideradas como entidades privadas como consecuencia del régimen jurídico aplicable fue adoptada, en su momento, por la Corte Constitucional, en la Sentencia T- 1212 de 2004: «Según el artículo 32 de la Ley 142 de

- b. Aquella posición que sostuvo que las empresas de servicios públicos mixtas tenían una naturaleza jurídica propia y no formaban parte de la estructura del Estado por cuanto no se encontraban, expresamente, enlistadas en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, debido a que estas disposiciones solo hacían referencia a las empresas de servicios públicos oficiales.⁹

1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte¹⁸. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la *constitución* de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios». La siguiente cita es del original del texto: ¹⁸Dispone la norma en cita: *“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. // La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. // Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”*. (Subrayado por fuera del texto original).

Nota: Esta fue una posición aislada y poco acertada, pues el régimen jurídico que rige una entidad no determina su naturaleza jurídica.

⁹ Esta posición de que las empresas de servicios públicos mixtas tienen un régimen propio y no pertenecen a la Rama Ejecutiva por no estar enlistada en la Ley 489 de 1998 fue adoptada en su momento en los siguientes pronunciamientos: **Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1171 del 28 de enero de 1999:** «Los organismos creados por la Constitución y la ley que tienen régimen especial, se regirán por éste. Tal ocurre con las empresas de servicios públicos, sometidas a las disposiciones de la ley 142 de 1994... // Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º.)». // **Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1799 del 31 de enero de 2007:** «También la Sala encuentra que las empresas de servicios públicos **oficiales** integran la Rama Ejecutiva del poder público, de conformidad con la estructura diseñada en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, que expresamente las incluye dentro del sector descentralizado por servicios. No ocurre lo mismo con las empresas de servicios públicos **mixtas**, pues éstas, por una parte, no se mencionan en la norma y por otra, no se podría entender que tácitamente estén comprendidas dentro de las sociedades de economía mixta que sí aparecen nombradas, por la diferencia de regímenes atrás explicada³». La siguiente cita es del original del texto: «³ “*Tampoco ha de olvidarse que la libertad de conformación de las entidades en que tenga participación el Estado encuentra fundamento en las disposiciones relativas a los servicios públicos cuyo régimen compete al legislador, conforme los claros mandatos del artículo 365 de la Constitución, en función de la determinación de los instrumentos que permitan lograr la satisfacción de las necesidades generales de la población*”. Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-953/99 Eduardo Cifuentes Muñoz y Alvaro Tafur Galvis». // **Corte Constitucional, en la Sentencia T- 1212 de 2004.** Además del argumento esbozado, la Corte también se refirió al hecho de no aparecer enlistadas en la Ley 489 de 1998: «*Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”*. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado».

- ii) Una posición positiva que consideró que las empresas de servicios públicos mixtas tenían una naturaleza jurídica propia y formaban parte de la estructura del Estado, incluso, en ocasiones, considerándolas como una especie de sociedades de economía mixta.¹⁰

Finalmente, la Corte Constitucional zanjó estas posiciones jurisprudenciales distantes, mediante la Sentencia C-736 de 2007 (septiembre 19), que como se indicó, goza de fuerza de cosa juzgada constitucional, al resolver una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

En esta sentencia, la Corte, luego de precisar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, concluyó que estas sí forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público en su condición de entidades descentralizadas.

A esta conclusión llegó, luego de analizar los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, parcialmente demandados, pues el actor era de la tesis negativa expuesta en líneas precedentes. Dijo la Corte que si bien en el literal d), del numeral 2, del artículo 38 y en el artículo 68 se mencionan únicamente, como integrantes del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, ello no significa que el legislador haya excluido a las otras dos modalidades de empresas de servicios públicos, es decir, a las mixtas y a las privadas.

Tanto las empresas de servicios públicos mixtas como las privadas, en la medida que concurren en su creación con capital público, también integran la estructura de la administración, pues el artículo 38, numeral 2, literal g), incorpora a «[l]as demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público», y el artículo 68 considera como entidades descentralizadas del orden nacional a «las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio». (Subrayado de la Sala).

¹⁰ Esta posición de que las empresas de servicios públicos mixtas tienen un régimen propio y pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, fue adoptada en los siguientes pronunciamientos:

Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1815 del 26 de abril de 2007: «La (sic) empresas de servicios públicos mixtas son entidades públicas, que hacen parte de la administración pública, clasificadas como entidades descentralizadas, que prestan servicios públicos, sometidas al régimen jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios y demás reglas esbozadas en las consideraciones de éste (sic) concepto». // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad. 30.096 del 27 de abril de 2006:** «La Sala ha precisado también que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 de la ley 142 de 1994, 5 y 76 de la ley 143 de 1994, resulta indiferente, para definir la jurisdicción y competencia, que la empresa de servicios públicos sea oficial o mixta, dado que una y otra, igualmente, son entidades estatales». Igualmente, hizo alusión a lo señalado en la Sentencia 29703 del 2 de marzo de 2006. // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad.11001-03-26-000-2005-00017-00(29703) del 2 de marzo de 2006:** «En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de SPD pertenecen a la estructura del estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la ley 489 de 1998...» // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad. 21.041 del 1 de agosto de 2002:** «Para el caso, según la normatividad antes citada, es indiferente que Electranta sea empresa de servicios públicos mixta o que fuese empresa de servicios públicos oficial, por cuanto, en una u otra hipótesis, se trata de una entidad estatal».

Sobre el particular, la Corte expresó lo siguiente:

“5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la “estructura de la Administración”, es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7° del artículo 150 superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos respectivamente. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior”.

(...)

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

(...)

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

(...)

5.3.2 En cuanto al artículo 68 de la misma ley (...)

(...)

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades

descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.¹¹

Posterior a este pronunciamiento de constitucionalidad (19 de septiembre de 2007), la jurisprudencia y la doctrina adoptaron una posición unificada acerca de la pertenencia de las empresas de servicios públicos mixtas a la estructura de la administración pública.¹²

De lo anteriormente expuesto, se reitera que las empresas de servicios públicos mixtas tienen la condición de entidades descentralizadas, y, por lo tanto, forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

En tal condición, las empresas de servicios públicos mixtas están sometidas a un régimen especial contenido en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994. En el evento de existir vacíos en dicho régimen, se les aplica, de manera residual, la Ley 489 de 1998.

Lo anterior, tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 17, parágrafo 1, inciso 2, de la citada Ley 142, que dice lo siguiente, para las entidades descentralizadas que prestan servicios públicos:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007.

¹² Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias: **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad. 10001-03-26-000-2007-00008-00 (33.643) del 21 de mayo de 2008:** «La Sala al adelantar el análisis de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios ha sostenido reiteradamente⁹ que son entidades estatales, que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público¹⁰, independientemente del porcentaje de participación o monto del capital social aportado por el Estado a la sociedad de economía mixta tal y como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-935 de 1999¹¹, al ejercer el control de constitucionalidad sobre el inciso 2º del artículo 97, de la Ley 489 de 1998». // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad. 11001-03-26-000-2007-00075-00 (34.846) del 1 de abril de 2009:** «De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones⁹ (...) Este criterio fue recientemente admitido y compartido por la Corte Constitucional, con algunas variaciones, Corporación que a través de la sentencia C-736 de 2007 -que examinó la exequibilidad de los numerales 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994, así como del art. 38, lit. d) de la ley 489 de 1998- concluyó que este tipo de entidades -las empresas mixtas de SPD-, sin importar el porcentaje de participación pública que se tenga en la empresa, son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público». // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Rad. 11001-03-26-000-2007-00010-01 (33.645) del 27 de marzo de 2008:** «La Sala, mediante providencia de 12 de diciembre de 2007¹, consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente el Consejo de Estado, es competente de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, para conocer de manera privativa y en única instancia el presente recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, proferido con ocasión de las controversias contractuales suscitadas en virtud de un contrato de interconexión en el que una de las partes, como en este caso la E.T.B. S.A. E.S.P., es una Empresa de Servicios Públicos mixta, entidad cuya naturaleza jurídica, según señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007, es pública y, por tanto, forma parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden descentralizado». // **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia Rad. 11001-03-24-000-2005-00316-00 del 16 de marzo de 2012:** «...las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas hacen parte de las entidades u organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a las que se refiere el artículo 38 de la Ley 498 de 1998 ...» // **Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2324 del 12 de diciembre de 2017:** «En consecuencia, las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen una naturaleza jurídica y un régimen propios, y aquellas que tengan cualquier porcentaje de participación pública deben ser consideradas entidades descentralizadas que conforman la rama ejecutiva del poder público».

(...) El régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley...

Adicionalmente, en lo señalado por la Ley 489 de 1998, en su artículo 84, al referirse a las empresas de servicios públicos oficiales y a aquellas que adquirieron la naturaleza de empresas industriales y comerciales del Estado, al disponer que:

«[l]as empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen».

Y también por el artículo 40 *ibidem*, que señala:

ARTICULO 40. ENTIDADES Y ORGANISMOS ESTATALES SUJETOS A REGIMEN ESPECIAL. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.

En conclusión, las empresas de servicios públicos, dentro de las que se encuentran las empresas mixtas, son entidades descentralizadas que tienen un régimen jurídico propio y especial, regido por la Constitución Política y la Ley 142 de 1994, y en lo no dispuesto en esta última norma, por la Ley 489 de 1998. Es de anotar que, existen algunas materias en las que el legislador tiene ciertas restricciones constitucionales, y, por lo tanto, la atribución de la que goza el Congreso de la República de «libre configuración legislativa» se ve limitada. Estas materias son: el control fiscal, el régimen contable, el régimen presupuestal, el control político, el régimen de creación de empresas, y, las relativas a prohibiciones constitucionales.^{13 14}

III. Reglas especiales de hermenéutica en materia de servicios públicos domiciliarios

La Constitución Política, en los artículos 365 al 370, estableció el régimen constitucional de los servicios públicos, incluidos los domiciliarios, y definió a la ley la fijación del régimen jurídico al cual deben estar sometidos.

Así, el artículo 365 constitucional señaló que «[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley», el 367 *ibidem* indicó que «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... y determinará las entidades competentes para fijar las tarifas», y, el artículo 369 señaló que la ley definirá lo relacionado con los usuarios de los servicios públicos y la participación de los municipios en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

¹³ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial. Biblioteca Jurídica Dike e Instituto Colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos (INCOES), 2012, pp. 73 – 128 y 144 – 145. ISBN 978-958-731-088-7.

¹⁴ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, *op. cit.*, [2017], pp. 140 - 141.

Es decir, el constituyente primario quiso establecer un régimen jurídico legal especial para los servicios públicos domiciliarios. Este régimen jurídico que establece el marco general de los servicios públicos domiciliarios está contenido en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o complementen, como se indicó.

Lo anterior significa que, adicional al régimen constitucional especial en materia de servicios públicos, son las leyes que contengan regulaciones especiales en esta materia las que tienen aplicación preferente respecto a las leyes que regulen temas comunes de manera general. Es decir, el criterio de especialidad prima en materia de hermenéutica, tal como se ha establecido desde 1887, cuando el legislador determinó como regla de interpretación, entre otras, que las leyes que regulen un asunto de manera especial prevalecen sobre aquellas que lo regulen de manera general.¹⁵

Con la expedición de la Ley 142 de 1994, el legislador tuvo como propósito «crear un marco regulatorio general, orgánico, para todos los servicios públicos domiciliarios, es decir, una legislación basada en principios legales comunes, coherente, sin perjuicio de la existencia de reglas especiales que acojan las particularidades de cada servicio. Todo ello inspirado en el ánimo de proporcionar seguridad jurídica a las personas».¹⁶

Esta ley, en aras de proteger la legislación de los servicios públicos, consagró una serie de disposiciones específicas en materia de hermenéutica, complementando, y en ocasiones modificando, los criterios clásicos de interpretación, las cuales deben ser tenidas en cuenta cuando se requiera interpretar las normas jurídicas de los servicios públicos domiciliarios. Las disposiciones más relevantes son las siguientes:

1. El artículo 14 que contiene unas definiciones específicas que deben ser tenidas en cuenta para interpretar y aplicar dicha ley.¹⁷
2. El artículo 1, que determina el ámbito de aplicación de la ley, indica que la misma «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».¹⁸

¹⁵ Ley 57 de 1887 «Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional», artículo 5, regla 1: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. // Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: // 1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; ...» (Subrayado de la Sala).

Sobre este tema puede consultarse el Concepto 2332 del 6 de septiembre de 2017 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

¹⁶ PALACIOS MEJÍA, Hugo. El derecho de los Servicios Públicos. Derecho Vigente S.A. Biblioteca Vigente, 1999, p. 242. ISBN: 958-96757-5-1.

¹⁷ «**ARTÍCULO 14. DEFINICIONES.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: ...»

¹⁸ *En relación con los textos subrayados, el inciso 3o. del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009, dispone: «... A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la

3. El artículo 13 que le da prevalencia a los principios contenidos en el capítulo I del Título Preliminar de la Ley 142 de 1994 para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar sus normas y para suplir los vacíos que ellas presenten.¹⁹
4. El artículo 17 que hace énfasis en el régimen aplicable a las empresas de servicios públicos, en su condición de entidades descentralizadas. Dice la norma jurídica que «... [e]n todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley [142 de 1994]».
5. El artículo 32 que indica que la constitución de las empresas de servicios públicos, el régimen de sus actos y contratos, así como todo lo que no esté dispuesto en la Ley 142, es el del derecho privado, salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa.²⁰
6. El artículo 186 que afianza la prevalencia de la Ley 142 de 1994 y determina, entre otros aspectos, que la misma sirve para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere.

Sobre esta última disposición, la Sala considera que no es menester ahondar en ella, pues no resulta necesaria para absolver la consulta.

En materia de hermenéutica, la jurisprudencia y la doctrina de la Sala han hecho pronunciamientos sobre la prevalencia de la Ley 142 de 1994.²¹

Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público».

- Aparte entre corchete adicionado mediante FE DE ERRATAS, publicada en el Diario Oficial No. 41.925 del 11 de julio de 1995.

¹⁹ «**APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.** Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten». Los principios son los siguientes: ámbito de aplicación de la ley, intervención del Estado en los servicios públicos, instrumentos de la intervención estatal, servicios públicos esenciales, competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos, prestación directa de servicios por parte de los municipios, competencia de los departamentos para la prestación de los servicios públicos, competencia de la nación para la prestación de los servicios públicos, derecho de los usuarios, libertad de empresa, función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos, deberes especiales de los usuarios del sector oficial.

²⁰ «**RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS.** 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. // (...)»

²¹ **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia Rad. 25000-23-27-000-2003-00230-01 del 6 de marzo de 2008:** «7º. Que la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios reglamenta las actividades relacionadas con los servicios públicos allí definidos, normativa que prevalece sobre cualquiera otra dictada sobre tales servicios (artículo 186 de la Ley 142 de 1994)» Resaltado de la Sala. // **Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1171 del 28 de enero de 1999:** «Los organismos creados por la Constitución y la ley que tienen

De acuerdo con lo señalado, se concluye que, la Ley 142 de 1994: i) es una norma que contiene regulaciones de carácter especial en materia de servicios públicos domiciliarios, ii) derogó todas las normas que le eran contrarias, iii) es una ley que prevalece y sirve para interpretar y complementar leyes posteriores especiales que se dicten para algunos servicios públicos, y, iv) si hay conflicto con otras leyes, se preferirá esta.

IV. Régimen de control interno en las empresas de servicios públicos mixtas

El control interno es un instrumento de naturaleza gerencial que tiene como objetivo lograr el control efectivo de la gestión de una institución, con el fin de que su desempeño mejore en términos de calidad y eficiencia, y, por ende, se garantice el cumplimiento de los fines estatales.

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.²² Dentro de las finalidades sociales del Estado están la de propender por el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, proporcionando la solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento básico y agua potable.²³

El control interno tiene su fundamento constitucional en los artículos 209, inciso 2, y 269. La primera disposición contiene la obligación, para la administración pública, en todos sus órdenes, de tener «un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».²⁴ Y la segunda disposición, les impone a las entidades públicas la obligación de «diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas».²⁵

Al respecto, dijo la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

4.1 Con el fin de desarrollar el artículo 209 de la Carta, las autoridades administrativas deben tener un Control Interno que debe basarse en los principios consagrados en ese mandato superior y en los términos establecidos por la ley, para así cumplir con los fines señalados por el Estado. Con este Control Interno se pretende garantizar que las entidades cumplan con sus deberes en beneficio de la comunidad, ya que es evidente que esta función administrativa debe ser ejercida por los empleados y trabajadores del Estado en todo el territorio nacional. (...)

régimen especial, se regirán por éste. Tal ocurre con las empresas de servicios públicos, sometidas a las disposiciones de la ley 142 de 1994, que, además, prevalece en caso de conflicto con otras leyes sobre los servicios a que ella se refiere y que sólo puede ser alterada por leyes posteriores que identifiquen de modo preciso la norma objeto de excepción, modificación o derogatoria (ibídem, art. 186). / Es cierto que todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero es menester observar las reglas especiales pertinentes que trae la ley 142 de 1994 en disposiciones tales como las contenidas en sus artículos 24, 27, 49, 50, 51 y 72» (Resaltado de la Sala). // **Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1253 del 6 de abril de 2000:** «... y en cuanto al régimen jurídico de éstas y de las entidades públicas que tengan por objeto la prestación de los mismos, **reitera como norma especial, las disposiciones de la ley 142 de 1994** y las que la complementen, sustituyan o adicionen, y en los aspectos no regulados por ellas, ordena que se aplique lo previsto en la ley 489 bajo análisis (art. 84)»

²² Constitución Política, artículo 365.

²³ *Ibidem*, artículo 366.

²⁴ *Ibidem*, artículo 209, inciso 2.

²⁵ *Ibidem*, artículo 269.

La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la importancia dada por la Constitución al sistema de Control Interno, haciendo una detallada y clara exposición de este tipo de control a la administración pública, catalogándolo, junto con las contralorías en el ámbito de sus competencias, como un instrumento de naturaleza gerencial de la mayor importancia dentro de la estrategia institucional con el fin de lograr un efectivo control de gestión y, por contera, de garantizar el cumplimiento de los objetivos superiores asignados a los diferentes órganos del poder público, los cuales se concretan en la realización material de los fines esenciales del Estado atendiendo precisamente a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 Superior.¹⁸

Es importante recordar que este Control Interno es de primer grado, en tanto que el Control Fiscal es de segundo grado, pero que estos dos tipos de controles se articulan, por lo cual el control ejercido por las contralorías está condicionado por la eficacia que se dé en el control de primer grado al interior de las entidades estatales. En este sentido, en el artículo 269 CP el Constituyente fue enfático al señalar que en el interior de las entidades debe haber un control de primer grado que es el interno: (...).²⁶

En cumplimiento de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 87 de 1993, que es una ley que contiene regulaciones de carácter general para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado. Esta Ley 87 de 1993 fue objeto de algunas modificaciones, en sus artículos 11 (que regula la designación del jefe de la unidad u oficina de coordinación del control interno) y 14 (que regula los reportes del responsable de control interno), efectuadas por los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011, respectivamente. Posterior a estas modificaciones también se presentaron otras, que para el tema objeto de análisis no tienen mayor relevancia.²⁷

La preocupación que le surge al director del Departamento Administrativo de la Función Pública radica en la aplicación de la Ley 1474 de 2011, que modificó la Ley 87 de 1993, a las empresas de servicios públicos mixtas del orden nacional, y, concretamente, sobre la calidad del jefe de control interno, pues de aplicarse adquieren la condición de empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Para mayor comprensión, se transcriben los artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993, con sus modificaciones, en la parte pertinente a la consulta:

ARTÍCULO 11. DESIGNACIÓN DEL JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO. <Artículo modificado por el artículo 8o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 826 de 2013. La siguiente cita es del original del texto:

¹⁸ Consultar la Sentencia C-1192 de 2000.

Nota: Mediante esta Sentencia C- 826 de 2013, la Corte Constitucional estudió una acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 872 de 2003 «Por la cual se crea el Sistema de Gestión de la Calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicio», y diferenció las distintas clases de control y sus alcances: Control Interno, Control Disciplinario, Control Fiscal y Sistema de Gestión de Calidad.

²⁷ Es de señalar que el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 (que modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993) fue derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020. Y, el artículo 14 de la Ley 87 de 1993 que había sido modificado por el artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, fue posteriormente modificado por los Decretos Ley 019 de 2012 (artículo 231) y 2106 de 2019 (artículo 156).

nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

(...)

ARTÍCULO 14. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. <Artículo modificado por el artículo 156 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El jefe de la Unidad de la Oficina (sic) de Control Interno o quien haga sus veces, en una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar a los organismos de control los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en ejercicio de sus funciones.

(...)

Entiende la Sala que dicha inquietud nace debido a que estas normas jurídicas hacen referencia a la designación del jefe de la Oficina de Control Interno, por parte del presidente de la República, en las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, habida cuenta que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas son sociedades por acciones que forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, en su condición de entidades descentralizadas (Sentencia C-736 de 2007).

Como se indicó, la Ley 142 de 1994 es una ley que contiene regulaciones de carácter especial en materia de servicios públicos domiciliarios, y, por lo tanto, prevalece sobre las leyes que contienen regulaciones generales. Los temas regulados por dicha ley son, entre otros:

- Los principios que rigen los servicios públicos;
- Las definiciones especiales que deben ser tenidas en cuenta para interpretar y aplicar dicha ley;
- Las personas prestadoras de los servicios públicos;
- El régimen jurídico de las empresas de servicios públicos (oficiales, mixtas y privadas);
- La participación de las entidades públicas en empresas de servicios públicos;
- Los bienes que conforman dichas empresas;
- El régimen de los actos y contratos;
- El régimen laboral;
- El régimen de control de gestión y resultados (control interno, control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, auditoría externa, control de gestión y resultados);
- El régimen de información de las empresas de servicios públicos;
- Las expropiaciones, servidumbre y toma de posesión de las empresas;

- La liquidación;
- La regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos;
- El régimen tarifario y de subsidios;
- La organización y procedimientos administrativos.

Como puede observarse, uno de los temas regulados expresamente por la Ley 142 de 1994 es el régimen «Del Control de Gestión y Resultados» dentro del que se encuentra el régimen de control interno en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Este régimen está contenido en el Título IV, Capítulo I, artículos 45 al 52 de dicha ley.

Sobre el control interno de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la citada ley señala que:

- Es «el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizado por la administración de cada empresa para lograr que sus objetivos se cumplan» (artículo 46, inciso 1).
- Debe «disponer de medidas objetivas de resultado, o indicadores de gestión, alrededor de diversos objetivos, para asegurar su mejoramiento y evaluación» (artículo 46, inciso 2).
- Su progresiva incorporación y aplicación del control interno es vigilado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo cual debe velar porque «se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las comisiones de regulación» (artículo 47).
- Puede contratarse «la definición y diseño de los procedimientos de control interno, así como la evaluación periódica de su cumplimiento» con entidades privadas (artículo 48).
- Es «responsabilidad de la gerencia de cada empresa de servicios públicos» (artículo 49).
- Las «responsabilidades de evaluación y vigilancia del control interno» que cumple la auditoría interna son delegadas por la Gerencia de las empresas de servicios públicos (artículo 49).
- Cada empresa de servicios públicos es la encargada de determinar la «organización y funciones de la auditoría interna» (artículo 49).

De lo anterior, se evidencia que la Ley 142 de 1994 regula en su integridad el control interno de las empresas de servicios públicos. Se resalta de tal normativa la definición expresa y propia que le da al control interno en estas entidades, la asignación de la responsabilidad de dicho control a la Gerencia, y la atribución que tienen las empresas de servicios públicos para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones.

El Consejo de Estado, reconoció que el control interno en las empresas de servicios públicos domiciliarios es el contenido en la Ley 142 de 1994, y que el

mismo es responsabilidad de la Gerencia de cada empresa de servicios públicos, al indicar lo siguiente:

Debe la Sala además despejar el yerro en que incurre la actora cuando afirma que para que exista control interno basta con contemplar una estructura u oficina encargada de la función de auditoría.

Nada más contrario a los criterios que informan el «CONTROL DE GESTION Y SUS RESULTADOS» previsto en los artículos 45 a 49 del Capítulo I del Título IV de la Ley 142 de 1994 y que debe realizar cada área, servidor y dependencia para conocer a ciencia cierta cuáles son los resultados de su gestión y direccionarlos de acuerdo con los resultados de la evaluación. La actividad de control interno no se reserva a una oficina. Por el contrario, atañe a toda la organización. De ahí que según el artículo 49 de la Ley 142 sea responsabilidad de la Gerencia de cada empresa de servicios públicos.²⁸

Así mismo, el profesor Atehortúa Ríos dijo, sobre el control de las empresas de servicios públicos domiciliarios, entre las que se encuentran las mixtas, lo siguiente:

g. En cuanto al desarrollo de control de gestión se sujetan al régimen especial que es el previsto en los artículos 45 y siguientes y por lo tanto no se someten al régimen de controles propios de la administración.²⁹

En consecuencia, y de conformidad con las reglas especiales de hermenéutica que trae la misma Ley 142 de 1994, si un asunto es regulado de manera especial y a la vez dicho asunto tiene una regulación de carácter general, debe aplicarse la ley de regulación especial, salvo que existan vacíos, lo que no ocurre en el presente caso.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios son entidades descentralizadas que pertenecen a la Rama Ejecutiva, pero no por ello se ve comprometido su régimen especial.

Sobre el particular, el profesor Atehortúa Ríos, reitera lo ya indicado, pero precisando que las leyes que regulan materias en forma general, entre las que se encuentran la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, no son aplicables a entidades y empresas que prestan servicios públicos, por tener estas un régimen jurídico especial. Al respecto señaló:

9. Pero en materia legal, estas empresas y entidades no se someten al régimen ordinario de la descentralización, sino a las normas especiales que les son propias y por eso las leyes, ordenanzas y acuerdos que pretendan aplicarse al sector de los servicios públicos, deben indicarlo expresamente y para ello, desarrollar una competencia derivada de la Ley 142 o de la Constitución.

En conclusión, las leyes, ordenanzas y acuerdos que tienen como sujetos a las entidades descentralizadas, no son aplicables a entidades y empresas que prestan servicios públicos, por éstas tener un régimen jurídico especial, salvo que las normas expresamente se refieran a ellas y para poder hacerlo deben desarrollar una competencia que les otorga la Ley 142 o que emane en forma especial de la Carta.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia Rad. 25000-23-24-000-1998-00748-01(6699) del 24 de enero de 2002.

²⁹ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, *op. cit.*, [2017], p. 110.

Por lo tanto, leyes generales como la 87 de 1993, 152 de 1994, 179 de 1994, 225 de 1995, 388 de 1997, 489 de 1998, 617 de 2000, 716 de 2001, 734 de 2002, 819 de 2003, 1106 de 2006, 1150 de 2007, 1151 de 2007, 1474 de 2011 y otras más, sólo son aplicables a las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos y a sus servidores, cuando explícitamente se refieren a ellos, en los demás casos, en relación con los asuntos regulados en esas leyes a las Empresas de Servicios Públicos, se debe aplicar el mismo **régimen legal** que le resulte aplicable a los particulares.³⁰ (Subrayado de la Sala).

En conclusión, las modificaciones introducidas por los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993 no se aplican a las empresas de servicios públicos mixtas, razón por la cual, no le compete al presidente de la República designar al jefe de control interno de estas entidades. La competencia para su designación es del gerente de dichas empresas, por así disponerlo el artículo 49 de la Ley 142 de 1994, quien tiene la facultad para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones, lo que conlleva la función nominadora de dicho trabajador.

V. Régimen laboral del jefe de control interno de las empresas de servicios públicos mixtas

Ahora bien, sobre el régimen laboral de las personas que prestan los servicios en las empresas de servicios públicos mixtas, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 señala:

ARTÍCULO 41: «APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el ~~inciso primero del~~ artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968»³¹

La Corte Constitucional, en la Sentencia C- 736 de 2007, al analizar el régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, concluyó que, por ser ambas entidades descentralizadas, el tipo de vínculo que une a los trabajadores con esta clase de entidades es un asunto de competencia del legislador. Indicó, que los empleados y trabajadores de estas entidades descentralizadas tienen la connotación de ser servidores públicos dentro de los cuales el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas. Dijo sobre el particular:

6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de

³⁰ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, *op. cit.*, [2012], pp. 145 – 146.

³¹ El aparte tachado fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C- 253 de 1996. El artículo 41 fue declarado executable mediante la Sentencia C- 318 de 1996, con excepción de la locución "inciso primero del", respecto de la cual se estará a lo resuelto en la sentencia de la Corte Constitucional No. C-253/96, en la que se declaró inexecutable tal expresión. Mediante la Sentencia C- 327 de 1996, la Corte decidió estarse a lo resuelto en las sentencias C- 253 de junio 6 de 1996 y C-318 de julio 18 de 1996. Mediante la Sentencia C- 483 de 1996, la Corte declaró executable los apartes demandados del art. 41 de la Ley 142 de 1994, salvo la expresión "inciso primero del", que fue declarada inexecutable en la aludida sentencia C-253/96.

las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

(...)

Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los (sic) las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.³² (Subrayado del texto original)

Así mismo, sobre el carácter de los trabajadores que laboran en las empresas de servicios públicos mixtas, el profesor Atehortúa Ríos indicó:

- d. En cuanto a los servidores, de conformidad con lo prescrito en el artículo 41 de la Ley 142, los trabajadores al servicio de las ESP mixtas y privadas, son particulares, en consecuencia, aunque son servidores públicos [C-736-07], no son funcionarios públicos (empleados públicos, ni trabajadores oficiales), y están sujetos en un todo al régimen laboral contenido en el código sustantivo del trabajo.³³

Por lo anterior se concluye que, las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos mixtas, incluido el jefe de la Oficina de Control Interno, adquieren el carácter de trabajadores particulares. En tal condición, están sometidos al régimen laboral del Código Sustantivo del Trabajo y a las normas de la Ley 142 de 1994, tal como lo prescribe el artículo 41 *ibidem*.

VI. Conclusiones

De todo lo expuesto, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

1. Las empresas de servicios públicos mixtas son sociedades por acciones, constituidas tanto por capital público como por capital privado, en las que los aportes estatales son iguales o superiores al 50% del capital total de la sociedad (Ley 142 de 1994, artículos 14.6 y 17).
2. Estas empresas mixtas constituyen una tipología especial de entidades públicas, con un régimen y una naturaleza jurídica propios, definidos por la Ley 142 de 1994, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 365 y 367 de la Constitución Política.
3. Su naturaleza jurídica y régimen propios las diferencian de las sociedades de economía mixta, tal como lo aclaró la Corte Constitucional, en la Sentencia C-736 de 2007, luego de posiciones divergentes tanto en las altas Cortes como en la doctrina.
4. Las empresas de servicios públicos mixtas forman parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del poder público, pero sometidas a un régimen especial contenido en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o deroguen. No obstante, en todo aquello que no se encuentre regulado por la ley especial se aplica la

³²Corte Constitucional, Sentencia C- 736 de 2007.

³³ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, *op. cit.*, [2017], p. 109.

Ley 489 de 1998. El sometimiento al régimen especial de estas empresas no solo tiene origen constitucional (artículos 365 al 370), sino que se evidencia en el artículo 17, parágrafo 1, inciso 2 de la citada Ley 142 y en los artículos 40 y 84 de la Ley 489 de 1998.

En consecuencia, su régimen especial no se ve comprometido por la condición de ser entidades descentralizadas que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público.

5. La Ley 142 de 1994 regula diversos temas entre los que se encuentran el régimen laboral, el régimen de control de gestión y resultados, el régimen de los actos y contratos, el régimen de información, entre otros aspectos, tal como se señaló en capítulos anteriores.
6. Respecto al régimen laboral, esta ley señala que las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos mixtas tienen el carácter de trabajadores particulares, y el régimen aplicable es el Código Sustantivo del Trabajo y lo señalado en dicha Ley 142 (artículo 41).
7. Sobre el régimen de control interno, el cual forma parte del régimen de control de gestión y resultados, la Ley 142 de 1994 (artículos 45 al 52) contiene una regulación especial, por lo que son estas normas, y no otras, las que rigen en las empresas de servicios públicos, entre ellas las mixtas.
8. Según estas disposiciones especiales, la responsabilidad del control interno en las empresas de servicios públicos es de la Gerencia, la cual está facultada para delegar en la auditoría interna la responsabilidad de la evaluación y vigilancia de dicho control. Asimismo, son estas empresas las facultadas para determinar la organización y funciones de la auditoría interna. Se someten, en consecuencia, a un régimen de controles propio de administración.
9. Todo lo anterior, fuerza a concluir que, en materia de control interno y en materia de régimen laboral, entre otros, **no se aplican**, a las empresas de servicios públicos, y concretamente a las mixtas, las disposiciones contenidas en la Ley 87 de 1993 y sus modificaciones, como es el caso de la Ley 1474 de 2011.

Es decir, la modificación introducida por esta última ley en lo relacionado con la potestad nominadora de los jefes de control interno de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, otorgándosela al presidente de la República, y la calidad asignada a los jefes de control interno de ser empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no es predicable en las empresas de servicios públicos mixtas, pues estas empresas y en general, todas las empresas de servicios públicos, tienen una regulación especial sobre estas materias.

10. En consecuencia, el cargo de jefe de control interno de las empresas de servicios públicos mixtas es desempeñado por trabajadores particulares sujetos al régimen del Código Sustantivo del Trabajo. Dichos trabajadores son designados por el gerente de dichas empresas, quien tiene la facultad para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones, lo que conlleva la función nominadora de dicho trabajador, por así disponerlo el artículo 49 de la Ley 142 de 1994.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE:

1. ¿Están excluidas las empresas de servicios públicos mixtas del orden nacional, de las modificaciones que introdujo el (sic) art. 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993?

Sí. Las empresas de servicios públicos mixtas del orden nacional sí están excluidas de las modificaciones introducidas por los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993, por las consideraciones expuestas en el presente concepto.

2. De ser afirmativa la anterior respuesta, ¿Qué calidad debe tener el Jefe de Control Interno en estas entidades, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 41 de la Ley 142 de 1994 frente a la calidad de los trabajadores de las empresas de servicios públicos mixtas?

La calidad del jefe de control interno de una empresa de servicios públicos mixta es la de trabajador particular, sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, de conformidad con lo señalado en el artículo 41 *ibidem*, que regula el régimen laboral de estas entidades.

3. En caso de que se determine la aplicación de la Ley 87 de 1993 y se confirme que el Jefe de Control Interno debe ser empleado público. ¿Cómo opera la delegación de la responsabilidad de Control Interno que está en cabeza del Gerente de una empresa de servicios públicos mixta -que es un trabajador de carácter particular- frente al Jefe de Control interno -que ostentaría la calidad de empleado público?

Por sustracción de materia no se responde la pregunta núm. 3.

Remítase copia al señor director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala