

Fabián G. Marín Cortés

LOS SERVICIOS
SEMIPÚBLICOS
DOMICILIARIOS

TEMIS

Sin embargo, y abordando otro matiz del tema, se debe precisar que aquel comentario inaceptable acerca de que la Corte Constitucional no dijo que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios fueran “entidades estatales”, debió quedar esclarecido en estas providencias —si es que así pudiera decirse— porque allí se afirmó con la naturalidad con que cualquiera lo haría —excepto aquellos que buscan en los conceptos espacios para problematizarlos innecesariamente—, que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son entidades estatales²¹, y agregaría que lo son porque son descentralizadas y, por ende, pertenecen a la rama ejecutiva. En forma contundente expresa la sentencia de 11 de febrero de 2009 —exp. 34.846— que “De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones [...]”.

b) *¿Las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no son una forma de sociedad de economía mixta? Naturaleza jurídica especial de los operadores de los servicios públicos domiciliarios. Diferencia jurisprudencial.* Finalmente, la sentencia C-736 de 2007, de la Corte Constitucional, también sostuvo que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no son una forma de sociedad de economía mixta, como lo había sostenido el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de marzo de 2007 y en el auto de 8 de febrero de 2007, sino que constituía una forma de entidad pública de naturaleza especial y distinta: en este aspecto se diferencian las sentencias del Consejo y la de la Corte.

administrativa”. Dispone el art. 256 de la Constitución Política que: “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: [...]” (cursivas fuera de texto).

²¹ Con naturalidad, es decir, sin hacer mayor fuerza explicativa en los argumentos “De otra parte, la Sala, mediante auto de 12 de diciembre de 2007, al resolver los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la ETB S. A. ESP y COMCEL S. A., contra el auto de 3 de agosto de 2007, que había declarado la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, determinó la competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver los recursos de anulación interpuestos contra laudos arbitrales proferidos con ocasión de las controversias contractuales donde sea parte una entidad estatal y de forma específica, una E.S.P., de naturaleza mixta, teniendo en cuenta que estas entidades hacen parte de la rama ejecutiva del poder público” (sent. de 21 mayo 2008, exp. 33.643).

En la sent. de 27 marzo 2007 —exp. 33.645— se sostuvo: “En desarrollo de la decisión mayoritaria de la Sala y la jurisprudencia de la Corte Constitucional transcrita, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la entidad convocada, como quiera que según se desprende de dichas providencias *al ser una entidad pública una de las partes del negocio jurídico fuente del conflicto, esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que la ley 1107 de 2006, asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las entidades públicas*” (cursivas fuera de texto).

Desde nuestro punto de vista, la posición correcta es la que ha sostenido el Consejo de Estado, es decir, que se trata de una sociedad de economía mixta²², pues la de la Corte adolece de fundamentación adecuada para llegar a esta conclusión, por las siguientes razones:

En primer lugar, sostiene que son entidades distintas porque del artículo 365 de la Constitución se deduce que las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios son entidades de naturaleza especial y distinta al común de las entidades. En tal sentido afirma:

“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

²² La fundamentación de la sent. de 2 marzo 2006, consistió en lo siguiente: “En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

”[...]

”En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2º, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado”.

El problema que estudió la Corte radicaba en que el inciso 2º, del artículo 97, disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50 por ciento del capital social, de manera que, por exclusión, se entendía que cuando la participación era inferior la entidad se consideraba privada. La Corte dijo al respecto, en la sentencia citada:

“Encuentra la Sala que el inciso 2º declarado inexecutable, no se distingue, en lo sustancial, del actual artículo 14.6 de la ley 142. Esta norma incurre en el mismo vicio advertido por la Corte frente al inciso 2º, del artículo 97, de la ley 489; luego, es preciso inaplicar por ser inconstitucional —en virtud del mandado contenido en el artículo 4º de la Carta Política—, para hacer prevalecer las normas constitucionales, en las mismas condiciones, y con los mismos argumentos, con que lo hizo la Corte en la sentencia C-953”.

Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque —según ya se dijo— las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y porque entre ellas solo hay una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva: “f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”.

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. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de 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.

[...]

”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*” (cursivas fuera de texto).

Para mayores referencias la Corte dijo, amenazantemente:

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

Este argumento es francamente insostenible, porque se funda en un sofisma, según el cual del artículo 365 de la Constitución se deduce que el constituyente quiso que los operadores de los servicios públicos domiciliarios tuvieran una naturaleza jurídica especial.

Por más esfuerzo que se haga no se ve cómo se pueda sostener que de la norma se deduce eso, cuando simplemente dispone que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”. En otras palabras, el alcance que se le dio carece de justificación y autenticidad interpretativa, y obedece más a la fuerza de la jerarquía privilegiada con que habla la Corte —criterio de autoridad en la argumentación— que a la capacidad de convencer con la razón.

De hecho, allí no se afirma, ni se deduce, que los operadores de los servicios públicos deban o tengan que ser entidades de naturaleza especial, y sobre todo distintas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta. Más bien, se observa que la norma le concedió libertad de configuración al legislador para que hiciera en este tema lo que considerara más conveniente, y así debió reconocerlo la Corte.

Ahora, el error de este criterio se proyecta en dos sentidos: de un lado, en el hecho de que no solo las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son diferentes a las sociedades de economía mixta, y de otro, porque no pueden confundirse pues se viola la Constitución, ya que las empresas oficiales —algunas de las cuales son empresas industriales y comerciales del Estado— tampoco podrían tener esta naturaleza jurídica, porque se asimilarían a las empresas industriales y comerciales del Estado convencionales, de manera que se violaría la Constitución.

Lo propio cabe decir de las empresas privadas que prestan servicios públicos domiciliarios, pues ellas no podrían ser “sociedades por acciones” convencionales —es decir, las del Código de Comercio—, sino que deben ser diferentes, so pena de violar la Constitución.

De otro lado, y esto es realmente lo más delicado, la Corte no tuvo presente que el artículo 365 de la Constitución no rige exclusivamente para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sino que regula toda clase de servicios públicos, es decir, los domiciliarios y los no domiciliarios —salud, educación, transporte, banca, etc.—, de manera que todo lo que se argumentó aplica a unos y otros. ¡Que no vengan a decir que es distinto!

En efecto, de ser las cosas como se afirma en la sentencia, ninguna entidad estatal o privada que preste un servicio público puede tener naturaleza convencional o tradicional, es decir, no pueden constituirse como establecimiento público, empresa industrial o comercial o sociedad de economía mixta —e incluso bajo otras formas organizativas contempladas en la ley 489 de 1998—, y ni siquiera como sociedades del Código de Comercio, porque también se violaría la Constitución Política.

Esto resulta inadmisibles, porque, precisamente, estas formas de organización se concibieron —desde hace muchos años— para acometer la prestación de los diversos servicios públicos que existían, y hoy, en virtud de esta sentencia, resultaría que todo es inconstitucional. Basta pensar en los bancos que funcionan

como empresas industriales y comerciales o como sociedades de economía mixta, o en el entonces Instituto de Seguros Sociales —que era una empresa industrial— entre muchísimos otros casos, que no podrían actuar bajo una forma organizativa tradicional.

Por estas razones cobra sentido jurídico —y práctico— entender que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son una especie del género sociedades de economía mixta, dotadas de un régimen jurídico muy especial —¿quién lo niega o se opone a ello?—. Este criterio mantendría la tranquilidad y la coherencia jurídica. Lo demás es una caja de Pandora que no se ha destapado, pero de cuyo posible contenido quedan advertidos los lectores.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DE CLASIFICAR

LAS EMPRESAS MIXTAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COMO ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

Analizaremos dos grandes temas: i) el régimen jurídico aplicable a una empresa mixta de servicio público domiciliario, y ii) los demás efectos o la importancia práctica que tiene el hecho de que una entidad sea catalogada como descentralizada.

A) Régimen jurídico aplicable

Se analizará el régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, advirtiendo que su naturaleza, es decir, el hecho de que sean entidades descentralizadas, no tiene efectos sobre el régimen aplicable, porque el legislador definió este aspecto con libertad. En este orden de ideas, se analizarán las variables jurídicas más importantes de estas entidades: i) el régimen jurídico laboral y el disciplinario, ii) el contractual, iii) el presupuestal y iv) el jurisdiccional.

a) *Régimen jurídico laboral.* No se propone estudiar el régimen salarial o prestacional de los funcionarios de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios pues esto es propio de un estudio laboral. Nuestro cometido consiste en identificar, en forma general, la naturaleza jurídica del empleo de quienes laboran en una entidad de esta naturaleza.

La solución a este problema, en principio, parece sencilla, pues la ley 142 de 1994 definió el tema, en forma expresa. Al respecto, dice el artículo 41 de la ley:

“*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*