

## **LIBERTAD ECONOMICA – El Estado debe impedir su obstrucción o restricción**

En primer lugar, la importancia que la Constitución Política le otorga a la empresa como base del desarrollo, según lo dispuesto en su artículo 333: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” Como se observa, el Estado debe estimular el desarrollo empresarial, además de impedir, en los términos de la ley, que se obstruya o restrinja la libertad económica. En ese sentido, los límites que según la misma Constitución pueden ser impuestos a dichas libertades por razones de interés social, ambiental o cultural, no se oponen per se al crecimiento, fortalecimiento y expansión de la empresa pública o privada como fuente del desarrollo: de hecho, como lo señala esta misma disposición, la Constitución no prohíbe que una empresa llegue a una posición dominante en un mercado, sino el abuso que se pueda hacer de la misma. Esto es relevante en la presente consulta, pues como se verá más adelante, diversas disposiciones de la Ley 142 de 1994 promueven dentro del marco fijado para el desarrollo de dicha actividad y en un contexto de libertad económica, el fortalecimiento, desarrollo y expansión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tanto oficiales como privadas o mixtas, superando así el esquema anterior de entidades estatales con un solo servicio público a su cargo, que operaban en ámbitos territoriales limitados y con pocas posibilidades reales de crecimiento.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 333

## **SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen especial y diferenciado**

En la Ley 142 de 1994 que la prestación de servicios públicos domiciliarios no se hace en todo bajo parámetros de derecho privado, sino que implica primeramente la sujeción a un régimen especial y diferenciado que incluye disposiciones sobre el objeto, la constitución y administración de las empresas; sus deberes, obligaciones, beneficios, incentivos y privilegios; y los sistemas de regulación, control, inspección y vigilancia al que deben someterse quienes concurren a dicho mercado. Por tanto, solamente será lo no regulado en dicha ley (“en todo lo demás”), lo que se sujetará a reglas comunes de derecho privado. Lo dicho implica además, que la aplicación del derecho privado y societario no resultará absoluta ni derogatoria, por vía de la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad, de las reglas imperativas que se establecen en la ley para los prestadores de este tipo de servicios.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994

**EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Objeto social / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Clases de objeto social que pueden tener / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – En caso de objeto social múltiple, no pueden desarrollar**

**cualquier actividad comercial, sino solo actividades complementarias reguladas en la misma ley**

Según la ley 142 el objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios admite tres posibilidades: (i) la prestación de uno o más servicios públicos regulados por la ley (acueducto, alcantarillado, aseo, gas energía eléctrica y telefonía básica local y de larga distancia -art.14-); o (ii) una o más actividades complementarias a tales servicios; o (iii) una y otra cosa. Si se presta un solo servicio o actividad complementaria se tratará de un objeto social exclusivo; en los demás casos se tendrá un objeto social múltiple (de varios servicios y/o actividades complementarias). En todo caso, el inciso segundo faculta a las comisiones de regulación para obligar a estas empresas, en determinadas circunstancias, a tener un objeto exclusivo, es decir, a prestar un sólo servicio o actividad complementaria. De manera que las empresas de servicios públicos podrán escoger libremente uno o varios de los servicios o actividades complementarias señaladas en la ley y hacer las reformas estatutarias pertinentes para adaptar su objeto a sus necesidades de crecimiento y desarrollo dentro de las muy variadas opciones que la norma en cita permite. A este respecto cabe llamar la atención que cuando la disposición revisada se refiere a un objeto social múltiple (inciso segundo), lo está haciendo respecto de los servicios públicos y/o actividades complementarias reguladas en la misma ley (art.14), y no en relación con otras actividades comerciales distintas a las que constituyen el objeto social posible de estas empresas. En ese sentido, la parte final del inciso segundo señala claramente que las empresas de objeto social múltiple deben llevar contabilidad separada “para cada uno de los servicios que presten”; y que el costo y la modalidad de las operaciones “entre cada servicio” deben registrarse de manera explícita. Por ende, tal alusión a un objeto social múltiple debe entenderse en el contexto de las actividades permitidas según la parte inicial del artículo 18, esto es, “uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”. (...) Ahora bien, esa delimitación del objeto de estas empresas alrededor de uno o varios servicios públicos domiciliarios o de sus actividades complementarias, se ve reforzada en el inciso tercero del mismo artículo 18, el cual solamente permite que las empresas de servicios públicos domiciliarios participen como socias en otras empresas de servicios públicos o en aquellas otras que tengan como objeto principal la provisión de un bien o servicio indispensable para cumplir su objeto; por tanto, no sería viable para las empresas de servicios públicos hacer inversiones en empresas con objeto distinto a los propios de su actividad. En igual sentido, el derecho de asociación con otras empresas está limitado también a que se realice “en desarrollo de su objeto” (parte final del inciso tercero), de forma que, por esta vía, se restringe igualmente la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen actividades no relacionadas con la prestación de uno o varios de los servicios regulados en la ley o con sus actividades complementarias. Y habría que añadir, en cuanto a su ámbito territorial, que el artículo 23 de la misma ley autoriza que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen libremente su objeto social (no cualquier actividad) en todo el país o en el exterior, sin necesidad de autorización estatal. (...) Conforme a lo expuesto, se tiene que conforme a la Ley 142 de 1994 (i) el objeto de las empresas de servicios públicos es la prestación de uno (objeto único) o varios (objeto múltiple) de los servicios definidos en esa ley o su actividades complementarias o unas y otras (art.18); (ii) tales empresas sólo están autorizadas para invertir en otras empresas de servicios públicos domiciliarios o que produzcan bienes o servicios necesarios para cumplir su objeto (ibídem); (iii) así mismo, sólo pueden asociarse con otras empresas en desarrollo de su objeto social de prestación de servicios públicos domiciliarios

(ibídem); (iv) la libertad de empresa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios se manifiesta en el derecho de cualquier persona a crear, operar e invertir en empresas cuyo objeto sea la prestación de tales servicios (art.10); (v) como consecuencia de lo anterior, además de los municipios y de las organizaciones sociales en el ámbito local, solo están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios las empresas públicas o privadas creadas con ese objeto (art.15); y (vi) la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos es la de “sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos”. Así entonces, el espacio dejado por la ley 142 de 1994 a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en relación con el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios, está circunscrito a (i) crear y operar libremente empresas que tengan ese fin particular; (ii) escoger para tales empresas uno o varios servicios públicos y/o actividades complementarias, bien sea en el acto inicial de creación o en reformas estatutarias posteriores; (iii) asociarse o hacer inversiones en otras empresas de servicios públicos o que produzcan bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto; y, (iv) desarrollar su objeto en cualquier lugar del país o en el exterior. (...) De acuerdo con lo que se ha expuesto, la Sala concluye que el objeto social de las empresas de servicios públicos se encuentra circunscrito a los servicios públicos y actividades complementarias previstos en la ley 142, lo que a su vez determina, conforme a la misma ley, sus posibilidades de inversión, de contratación y de asociación en el país o en el exterior. En efecto, la Sala encuentra que los diversos contenidos normativos analizados a lo largo de este concepto se orientan inequívocamente a que la prestación de los servicios públicos, por su importancia para la sociedad, esté a cargo de empresas dedicadas a ese fin y no a otros distintos que no guarden relación con él, salvo las precisas excepciones del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 (municipios, organizaciones autorizadas, etc.). En ninguna de tales disposiciones está previsto ni expresa ni tácitamente que la prestación de un servicio público domiciliario sea una de las varias actividades de una empresa comercial cualquiera o que la empresa creada originalmente para ese fin de servicio público y sujeta por esa situación a un régimen especial del cual se derivan derechos, obligaciones, privilegios, etc., amplíe sus actividades a fines comerciales distintos; por el contrario, el legislador es prolijo al regular la exclusividad del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios y establecer alrededor del mismo, sus posibles actividades complementarias y de inversión y asociación. Si bien no es la regla general, no es extraña tampoco en el ordenamiento jurídico la existencia de actividades privadas cuyo objeto está limitado en la ley por razones de interés general; véase también, por ejemplo, la actividad financiera, que pese a referirse a operaciones típicamente mercantiles, exige a los interesados la creación de empresas con objeto social exclusivo en alguna de las modalidades previstas en la ley (banco, corporación financiera, compañía de financiamiento comercial, etc.), el cual no puede ampliarse con base en la aplicación de las normas del Código de Comercio que aluden a su forma societaria y al carácter mercantil de sus actos y contratos. A este respecto, en el caso analizado es concluyente lo que dispone también el artículo 45 de la misma ley 142, en el sentido que el principio rector del control empresarial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es hacer coincidir los objetivos de la organización con sus fines sociales, esto es, según el artículo 18 ibídem, con la prestación de los servicios públicos domiciliarios o sus actividades complementarias

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 18

## **EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS CON PARTICIPACION PUBLICA – No pueden invocar su carácter estatal para contratar bajo la figura del contrato interadministrativo**

Las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación pública no podrán invocar su carácter estatal para tener la prerrogativa de ser contratadas directamente por el Estado bajo la noción de contrato interadministrativo. Ello vulneraría, a juicio de la Sala, los principios de igualdad y libre competencia que informan tanto la ley 142 de 1994 como la propia ley 80 de 1993.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA**

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil doce (2012)

**Radicado número: 11001-03-06-000-2012-00032-00(2101)**

**Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA**

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que una empresa de servicios públicos domiciliarios establezca en su objeto social actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios; en caso afirmativo, se pregunta entonces sobre el régimen contractual aplicable a esas otras actividades en caso de que se trate de una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, esto es, con participación mayoritaria del Estado<sup>1</sup>.

#### **I. ANTECEDENTES**

El organismo consultante señala que conforme a los artículos 14 y 18 de la ley 142 de 1994, parecería que las empresas de servicios públicos domiciliarios sólo pueden desarrollar las actividades previstas en dicha ley, es decir, la prestación de servicios públicos y sus actividades complementarias. Sin embargo, agrega que la remisión que el artículo 19 de la misma ley 142 hace al régimen de sociedades anónimas del Código de Comercio en lo no previsto en ella, permitiría interpretar que las empresas de servicios públicos pueden modificar sus estatutos para establecer como parte de su objeto social actividades no relacionadas con tales servicios públicos. Y argumenta que, en virtud de esto último, las empresas de servicios públicos domiciliarios estarían en capacidad de desarrollar las actividades propias de la Ley 142 de 1994, “como también aquellas otras que los socios de la sociedad estimen pertinente establecer en sus estatutos sociales”.

---

<sup>1</sup> Según el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos son (i) **oficiales**: cuando la participación estatal es del 100%; (ii) **mixtas**: cuando la participación estatal es mayoritaria; y (iii) **privadas**: cuando el capital pertenece mayoritariamente a los particulares.

Se indica que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha tenido una posición uniforme al respecto; en algunos conceptos ha entendido que conforme al artículo 99 del Código de Comercio es posible que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen cualquier actividad prevista en su objeto social, así no esté relacionada con la Ley 142 de 1994, siempre y cuando no se ponga en riesgo la eficiente y continua prestación de los servicios públicos a su cargo. En otros casos ha sostenido que *“las actividades que pretenda desarrollar una prestadora con ocasión de su objeto, se ven limitadas de manera exclusiva a aquellas que sean necesarias para la prestación de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios o una o varias de las actividades complementarias o una y otra cosa”*

Si se entendiera que las empresas de servicios públicos pueden ampliar libremente su objeto social a cualquier actividad comercial, surge la duda para el organismo consultante sobre cuál sería entonces, en el caso de las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria del Estado), el régimen contractual aplicable a esas otras actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios. En su entender, si bien en principio los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1993 señalan que los contratos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, ello no sería aplicable cuando las empresas de servicios públicos con participación mayoritaria estatal desarrollan actividades distintas a la prestación de servicios públicos domiciliarios; estas últimas, a su juicio, se sujetarían al derecho público y, por ende, al estatuto general de contratación estatal, lo que a su vez permitiría entender que en relación con aquéllas otras actividades distintas a las propias de los servicios públicos domiciliarios, las empresas de servicios públicos mixtas, en calidad de contratistas, podrían celebrar contratos interadministrativos con otras entidades del Estado.

Con base en lo anterior, se hacen **LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:**

1 ¿Las Empresas de Servicios Públicos que se rigen por la Ley 142 de 1994 pueden modificar su objeto social y extender su capacidad para desarrollar de manera adicional, actividades diferentes a aquéllas señaladas en la citada ley? ¿O por el contrario, solo pueden tener un objeto específico circunscrito a las actividades que trata dicha norma?

2 ¿De ser permitida la modificación del objeto social para realizar actividades diferentes a las que regula la Ley 142 de 1994, es viable que una empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo objeto social fue definido por la misma ley (artículos 167 de la ley 142 y 32 de la Ley 143 de 1994) pueda igualmente efectuar modificaciones a su objeto social, en desarrollo del principio de igualdad frente a las demás ESP?

3 ¿De ser viable la modificación anterior, ella debe hacerse mediante la expedición de una nueva ley o puede, atendiendo a su naturaleza de ser una sociedad de régimen especial que se rige por las normas propias de las sociedades anónimas, adoptar estas modificaciones mediante una reforma estatutaria en los términos del Código de Comercio?

4. ¿Si es viable que las ESP mixtas modifiquen su objeto social para desarrollar actividades diferentes a las que señala la Ley 142 de 1994, los contratos que celebren para ejecutar tales actividades se regirán por las normas de la contratación pública, dada la participación mayoritaria del Estado en el capital de la ESP?

5 ¿En este último evento de tener que acudir a las normas de la contratación pública, puede celebrar contratos interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa de que trata la Ley 1150 de 2007?

6. ¿Al celebrar contratos interadministrativos bajo la modalidad de selección directa pueden estos contratos contener algunos elementos propios de una concesión?

## II. CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala advierte que el presente concepto se limita a las actividades y servicios que se rigen por la Ley 142 de 1994; en particular no se referirá a las actividades de telecomunicaciones de que trata la Ley 1341 de 2009.

Hecha esta salvedad, se encuentra entonces que de acuerdo con los antecedentes expuestos la pregunta inicial que debe responderse, es la relativa a la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios establezcan en su objeto social actividades distintas a las propias de prestación de los servicios públicos domiciliarios; en particular, se debe determinar si tales empresas tienen libertad para escoger su objeto social y para que éste sea, además de la prestación de tales servicios públicos y sus actividades complementarias, cualquier otra operación comercial que determinen sus socios de conformidad con las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

En segundo lugar habría que determinar el régimen jurídico aplicable a esas otras actividades no relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, particularmente cuando fueren desarrolladas por empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas (con capital estatal igual o superior al 50%). En particular habría que revisar hasta que punto las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas pueden celebrar contratos interadministrativos con entidades estatales sujetas a la Ley 80 de 1993 a través del sistema de contratación directa.

### A. EL OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

#### 1. Marco Constitucional

Antes de revisar las normas de la Ley 142 de 1994 que de manera específica se refieren al objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario tener en cuenta dos aspectos constitucionales de especial relevancia:

a. En primer lugar, la importancia que la Constitución Política le otorga a la empresa como base del desarrollo, según lo dispuesto en su artículo 333:

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

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

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

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

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

Como se observa, el Estado debe estimular el desarrollo empresarial, además de impedir, en los términos de la ley, que se obstruya o restrinja la libertad económica.

En ese sentido, los límites que según la misma Constitución pueden ser impuestos a dichas libertades por razones de interés social, ambiental o cultural, no se oponen *per se* al crecimiento, fortalecimiento y expansión de la empresa pública o privada como fuente del desarrollo: de hecho, como lo señala esta misma disposición, la Constitución no prohíbe que una empresa llegue a una posición dominante en un mercado, sino el abuso que se pueda hacer de la misma.

Esto es relevante en la presente consulta, pues como se verá mas adelante, diversas disposiciones de la Ley 142 de 1994 promueven dentro del marco fijado para el desarrollo de dicha actividad y en un contexto de libertad económica, el fortalecimiento, desarrollo y expansión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tanto oficiales como privadas o mixtas, superando así el esquema anterior de entidades estatales con un solo servicio público a su cargo, que operaban en ámbitos territoriales limitados y con pocas posibilidades reales de crecimiento.

b. Sin que se oponga a lo anterior, se encuentra también, en segundo lugar, que frente a la mayor libertad que existe en la generalidad de actividades privadas desarrolladas en ejercicio de la libertad de empresa (art.333 C.P.), la prestación de servicios públicos domiciliarios por los particulares o por el propio Estado está sujeta al régimen jurídico especial fijado por la ley, tal como lo dispone expresamente el artículo 365 de la Constitución:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos **estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley**, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.” (se resalta)

Se trata de actividades en mayor medida intervenidas y reguladas, dada su estrecha relación con la finalidad social del Estado y, particularmente, en el caso de los servicios públicos domiciliarios, con la satisfacción de necesidades básicas de la población; en estos casos, la libertad de empresa es permitida pero dentro del marco fijado por la ley, de manera que admite mayores límites y no está librada en todo a la autonomía de la voluntad y al derecho privado. En este sentido, el artículo 367 Superior le asigna al legislador la determinación de las competencias y responsabilidades de los prestadores y las condiciones de cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios:

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

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

Esa limitación a la libertad de empresa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, en razón del interés general que reviste su prestación, ha sido advertida por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos. Así por ejemplo, en Sentencia C-741 de 2003 se señaló:

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

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

En ese sentido, la Corte Constitucional deja claro que el régimen constitucional de los servicios públicos denota la voluntad del constituyente de que tanto los prestadores públicos o privados como el servicio mismo, estén sujetos a un régimen jurídico especial, diferente al ordinario de una actividad empresarial cualquiera:

“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. **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.”<sup>2</sup> (cursiva original, negrilla fuera del texto)

Justamente, en relación directa con esta consulta, se ha indicado también por la Corte Constitucional que el régimen especial de los servicios públicos incluye reglas específicas para las empresas que los prestan, en particular en aspectos tales como **su naturaleza jurídica y objeto social:**

“En primer término, la Corte observa que la expedición de la norma acusada se produjo dentro del ejercicio de las atribuciones constitucionales conferidas ordinariamente al legislador, en especial, las consagradas en los artículos 150-23 y 365 Superiores, que ordenan establecer un régimen jurídico que rija la prestación de los servicios públicos domiciliarios : para lo cual, necesariamente, tenía que disponerse de **una regulación especial que comprendiera a las personas o entidades prestatarias de esos servicios,**

---

<sup>2</sup> Sentencia C-736 de 2007.

**dado su carácter esencial en la realización de esa labor, en aspectos relacionados con la naturaleza, objeto, forma de constitución, conformación del capital, causales de disolución**, mecanismos de resolución de las diferencias, entre otros asuntos, y que no estuviesen regulados por la legislación vigente.”<sup>3</sup> (se resalta)

Conforme a lo anterior, se puede observar en la Ley 142 de 1994 que la prestación de servicios públicos domiciliarios no se hace en todo bajo parámetros de derecho privado, sino que implica primeramente la sujeción a un régimen especial y diferenciado que incluye disposiciones sobre el objeto, la constitución y administración de las empresas; sus deberes, obligaciones, beneficios, incentivos y privilegios; y los sistemas de regulación, control, inspección y vigilancia al que deben someterse quienes concurren a dicho mercado. Por tanto, solamente será lo no regulado en dicha ley (“en todo lo demás”), lo que se sujetará a reglas comunes de derecho privado.

Lo dicho implica además, que la aplicación del derecho privado y societario no resultará absoluta ni derogatoria, por vía de la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad, de las reglas imperativas que se establecen en la ley para los prestadores de este tipo de servicios.

## **2. El objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios en la ley 142 de 1994. Análisis del artículo 18 de la ley.**

Visto el marco constitucional de los servicios públicos, es necesario revisar entonces cuál es la regulación que la ley 142 de 1994 hace del objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Así se podrá determinar el alcance del régimen especial en este aspecto en particular y, por ende, si la remisión supletiva a las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas para todo lo no regulado en dicha ley, llega o no hasta el punto de permitir que tales empresas contemplen dentro de su objeto social otras actividades distintas a las propias de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Al respecto, se observa inmediatamente que la Ley 142 de 1994 define de manera expresa el objeto social posible de las empresas de servicios públicos domiciliarios y lo circunscribe a una o varias actividades puntuales, a saber:

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

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

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

Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos (...).” (se resalta).

---

<sup>3</sup> Sentencia C-242 de 1997.

Como se observa, según la ley 142 el objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios admite tres posibilidades: (i) la prestación de uno o más servicios públicos regulados por la ley (acueducto, alcantarillado, aseo, gas energía eléctrica y telefonía básica local y de larga distancia -art.14-): o (ii) una o más actividades complementarias a tales servicios<sup>4</sup>; o (iii) una y otra cosa. Si se presta un solo servicio o actividad complementaria se tratará de un objeto social exclusivo; en los demás casos se tendrá un objeto social múltiple (de varios servicios y/o actividades complementarias). En todo caso, el inciso segundo faculta a las comisiones de regulación para obligar a estas empresas, en determinadas circunstancias, a tener un objeto exclusivo, es decir, a prestar un sólo servicio o actividad complementaria.

De manera que las empresas de servicios públicos podrán escoger libremente uno o varios de los servicios o actividades complementarias señaladas en la ley y hacer las reformas estatutarias pertinentes para adaptar su objeto a sus necesidades de crecimiento y desarrollo dentro de las muy variadas opciones que la norma en cita permite.

A este respecto cabe llamar la atención que cuando la disposición revisada se refiere a un objeto social múltiple (inciso segundo), lo está haciendo respecto de los servicios públicos y/o actividades complementarias reguladas en la misma ley (art.14), y no en relación con otras actividades comerciales distintas a las que constituyen el objeto social posible de estas empresas. En ese sentido, la parte final del inciso segundo señala claramente que *las empresas de objeto social múltiple* deben llevar contabilidad separada *“para cada uno de los servicios que presten”*; y que el costo y la modalidad de las operaciones *“entre cada servicio”* deben registrarse de manera explícita. Por ende, tal alusión a un objeto social múltiple debe entenderse en el contexto de las actividades permitidas según la parte inicial del artículo 18, esto es, *“uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”*.

Precisamente, en sentencia del Consejo de Estado del 14 de abril de 2011, se recuerda que si bien la ley 142 de 1994 permite que las empresas de servicios públicos presten uno o varios servicios públicos o actividades complementarias previstos en dicha ley, en todo caso deben llevar contabilidad separada para cada uno de ellos. Cabe señalar que de esta sentencia no se deriva que las empresas de servicios públicos puedan prestar servicios públicos domiciliarios y, además, otras actividades que no sean complementarias de éstos; su estudio se limitó a la forma de tributación de una empresa de servicios públicos cuando su objeto cubija varias de las actividades señaladas en la ley 142 de 1994:

“Ahora bien, el hecho de que EEPDM genere energía constituye una actividad complementaria e independiente a la de prestar el servicio público domiciliario de energía y, en tales condiciones, como se explicó, los efectos tributarios de cada una se someten a reglas diferentes, máxime cuando existe una regulación especial frente al impuesto de industria y comercio en este tipo de empresas, como es la señalada en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997.”

---

<sup>4</sup> El artículo 14 señala: “14.2. Actividad complementaria de un servicio público. **Son las actividades a que también se aplica esta Ley**, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades.” Por ejemplo para el servicio público de acueducto las actividades complementarias son “la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte”; en relación con el servicio de energía eléctrica son actividades complementarias las “de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.”; etc. Se trata por tanto de actividades directamente relacionadas con el objeto social propio de cada servicio público.

Ahora bien, esa delimitación del objeto de estas empresas alrededor de uno o varios servicios públicos domiciliarios o de sus actividades complementarias, se ve reforzada en el inciso tercero del mismo artículo 18, el cual solamente permite que las empresas de servicios públicos domiciliarios participen como socias *en otras empresas de servicios públicos o en aquellas otras que tengan como objeto principal la provisión de un bien o servicio indispensable para cumplir su objeto*<sup>5</sup>; por tanto, no sería viable para las empresas de servicios públicos hacer inversiones en empresas con objeto distinto a los propios de su actividad.

En igual sentido, el derecho de asociación con otras empresas está limitado también a que se realice *“en desarrollo de su objeto”* (parte final del inciso tercero), de forma que, por esta vía, se restringe igualmente la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen actividades no relacionadas con la prestación de uno o varios de los servicios regulados en la ley o con sus actividades complementarias.

Y habría que añadir, en cuanto a su ámbito territorial, que el artículo 23 de la misma ley autoriza que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen libremente su *objeto social* (no cualquier actividad) en todo el país o en el exterior, sin necesidad de autorización estatal<sup>6</sup>.

### **3. Otras referencias en la ley 142 de 1994 al objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios.**

Además de lo ya señalado, las referencias a un objeto social limitado a las actividades de servicio público y a las complementarias reguladas en la propia ley 142, se encuentran en otras varias de sus disposiciones que resultan igualmente relevantes para absolver la presente consulta.

3.1 Inicialmente, el artículo 10 de la ley 142 de 1994 señala que en ejercicio de la libertad de empresa, los particulares pueden concurrir a la creación y operación de empresas prestadoras *“que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios”*:

“Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas **que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.**” (se resalta)

Se desarrolla así el artículo 365 de la Constitución Política ya citado, que autoriza la prestación de los servicios públicos por los particulares y con lo cual se modifica el esquema regulatorio anterior que giraba en torno a la prestación directa de los mismos por parte del Estado.

Ahora bien, este artículo 10 tiene dos elementos importantes: (i) la sujeción de la libertad de empresa a la Constitución y la ley, con lo cual se reafirma la intervención del Estado en este sector y la existencia de límites a la autonomía de

---

<sup>5</sup> Un estudio detenido sobre la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios se asocien o participen en otras empresas que tengan **ese mismo fin** puede verse en Concepto 1066 de 1997, M.P. César Hoyos Salazar. Sin embargo, en dicha oportunidad no se revisó la cuestión que ahora ocupa a la Sala sobre la posibilidad de desarrollar actividades de servicio público y otras que no lo son.

<sup>6</sup> “Artículo 23. Ámbito territorial de operación. Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio. Igualmente, conforme a lo dispuesto por las normas cambiarias o fiscales, **las empresas podrán desarrollar su objeto** en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas.” (se resalta)

la voluntad; y (ii) que la libertad de empresa en este ámbito de la actividad económica se concreta en la posibilidad de *organizar y operar* empresas *que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios*. Sobre esto último, la ley no permite que cualquier empresa o comerciante preste servicios públicos; como indica el artículo 10 en cita, quien tenga interés en ello podrá *crear* o *participar* en empresas que tengan ese fin particular.

3.2 Esto que se acaba de decir guarda plena concordancia con las personas que según el artículo 15 de la misma ley están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios:

“Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

**15.1. Las empresas de servicios públicos.**

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17.” (se resalta)

Nótese que, además de los municipios y organizaciones ciudadanas en ámbitos locales, solamente pueden prestar servicios públicos domiciliarios de forma ordinaria y principal *las empresas de servicios públicos* (numeral 15.1), es decir, las que tienen ese objeto social específico conforme al artículo 18 antes revisado. Las demás empresas o personas privadas dedicadas a otras actividades sólo pueden producir servicios públicos para su uso particular o como consecuencia o complemento de su actividad principal -(numeral 15.2.), pero en todo caso con un ámbito de acción limitado según la misma ley<sup>7</sup>. Y, por su parte, las propias entidades descentralizadas del Estado que venían cumpliendo esta tarea antes de la Ley 142 de 1994 (numeral 15.6), debieron transformarse posteriormente en *empresas de servicios públicos domiciliarios* bajo algunas de las formas empresariales previstas en la misma ley (privadas, oficiales o mixtas)<sup>8</sup>.

Por tanto, para ejercer la libertad de empresa en este sector no basta a cualquier empresa sumar a su objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios; los interesados en participar en esta actividad pueden hacerlo sin necesidad de autorización (art.22) pero mediante la *creación y operación* de empresas *que tengan ese objeto particular*. Frente a ello, existe pues una gran diferencia con

---

<sup>7</sup> El artículo 14, modificado en esta parte por el artículo 1 de la Ley 689 de 2001, trae la siguiente definición: “**14.15 Productor marginal independiente o para uso particular.** Es la persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos *para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal.*” (cursiva fuera del texto)

<sup>8</sup> Ley 286 de 1996: “Artículo 2o. Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley.”

una actividad comercial cualquiera en la que no existen razones de interés general para su regulación.

3.3. Precisamente, según el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, además de su carácter societario, el otro elemento esencial de la naturaleza jurídica de estas empresas es *su objeto social de prestación de los servicios públicos* regulados en dicha ley:

“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.**” (se resalta)

Se puede ver entonces que el objeto social es elemento definitorio de la condición de empresa de servicios públicos domiciliarios E.S.P., lo que además les obliga a anunciarse como tales:

“Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."

Anunciarse como empresa de servicios públicos denota por tanto para cualquier persona el conocimiento de los fines de la empresa y de suyo la existencia de un régimen legal especial que incluye la vigilancia y supervisión de sus actividades.

#### **4. Síntesis de las normas citadas**

Conforme a lo expuesto, se tiene que conforme a la Ley 142 de 1994 (i) el objeto de las empresas de servicios públicos es la prestación de uno (objeto único) o varios (objeto múltiple) de los servicios definidos en esa ley o sus actividades complementarias o unas y otras (art.18); (ii) tales empresas sólo están autorizadas para invertir en otras empresas de servicios públicos domiciliarios o que produzcan bienes o servicios necesarios para cumplir su objeto (ibídem); (iii) así mismo, sólo pueden asociarse con otras empresas en desarrollo de su objeto social de prestación de servicios públicos domiciliarios (ibídem); (iv) la libertad de empresa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios se manifiesta en el derecho de cualquier persona a crear, operar e invertir en empresas cuyo objeto sea la prestación de tales servicios (art.10); (v) como consecuencia de lo anterior, además de los municipios y de las organizaciones sociales en el ámbito local, solo están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios las empresas públicas o privadas creadas con ese objeto (art.15); y (vi) la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos es la de “sociedades por acciones **cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos**”.

Así entonces, el espacio dejado por la ley 142 de 1994 a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en relación con el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios, está circunscrito a (i) crear y operar libremente empresas que tengan ese fin particular; (ii) escoger para tales empresas uno o varios servicios públicos y/o actividades complementarias, bien sea en el acto inicial de creación o en reformas estatutarias posteriores; (iii) asociarse o hacer inversiones en otras empresas de servicios públicos o que produzcan bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto; y, (iv) desarrollar su objeto en cualquier lugar del país o en el exterior.

## **5. El carácter supletivo de la remisión al derecho privado y a las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.**

Ahora bien, en este contexto ¿dónde se ubica y qué alcance tiene la remisión de la Ley 142 de 1994 al régimen de sociedades anónimas del Código de Comercio, en que según el organismo consultante se podrían apoyar los órganos sociales de las empresas de servicios públicos domiciliarios para ampliar libremente su objeto a actividades distintas a la de prestación de servicios públicos domiciliarios?

Tal remisión aparece en el artículo 19 de la Ley 142 (posterior a las disposiciones que se han revisado sobre el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios), en el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."

19.2. La duración podrá ser indefinida.

19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.

19.4. Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.

19.5. Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.

19.6. Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.

19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

19.9. En las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.

19.10. La emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.

19.11. Las actas de las asambleas deberán conservarse; y se deberá enviar copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Superintendencia tendrá en relación con los balances y el estado de pérdidas y ganancias las facultades de que trata el artículo 448 del Código de Comercio. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.

19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.

19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación

de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.

19.14. (Inexequible).

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

19.16. La composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.

19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.” (se resalta)

Como se observa, este artículo contiene diversos elementos del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Entre otros, la obligación ya vista de usar la denominación E.S.P, la forma de constitución del capital social, reglas especiales de adopción de decisiones por las asambleas y de diligenciamiento de sus actas, normas para la colocación de acciones, causales especiales de disolución, etc. Frente a todo ello, la remisión a las normas del código de comercio sobre sociedades anónimas es apenas residual: *“para todo lo demás”*.

Se trata entonces de una remisión de carácter supletivo al derecho societario, en cuanto está dada únicamente para aquello que la propia ley 142 de 1994 no ha regulado de manera especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios. Precisamente, el artículo 3 de la misma ley establece como regla principal la sujeción de las empresas de servicios públicos al régimen constitucional y legal fijado para ellas:

“Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. (...) Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, **a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores** y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta.” (se resalta)

Igualmente, cuando la ley 142 señala que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el ejercicio de los derechos de sus socios y la actividad contractual de las empresas se sujetarán al derecho privado, hace salvedad en todos los casos de la prevalencia de las regulaciones contenidas en ella (art.31<sup>9</sup> y 32<sup>10</sup>).

Por tanto, los aspectos especiales del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios contenidos en la Ley 142 de 1994 son prevalentes frente a las normas generales de derecho privado; por lo mismo, constituyen límites a la

<sup>9</sup> “Artículo 31. Régimen de la contratación (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001): Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.**” (se resalta)

<sup>10</sup> 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. (se resalta).

autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en ese sector particular de la actividad económica.

Cuestión distinta, que no es incompatible con la Ley 142 de 1994, es que se pueda entender, conforme al artículo 99 del Código de Comercio, que las empresas de servicios públicos domiciliarios están habilitadas para desarrollar, además de su objeto principal definido en la Ley 142 de 1994 (servicios públicos y actividades complementarias), **las demás actividades conexas** que se relacionen directamente con él:

"Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. **Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad**". (se resalta)

Pero ello es diferente a señalar que las empresas de servicios públicos domiciliarios podrían invocar este artículo para incluir en su objeto actividades distintas a las señaladas en la Ley 142 de 1994.

## 6. Conclusiones

De acuerdo con lo que se ha expuesto, la Sala concluye que el objeto social de las empresas de servicios públicos se encuentra circunscrito a los servicios públicos y actividades complementarias previstos en la ley 142, lo que a su vez determina, conforme a la misma ley, sus posibilidades de inversión, de contratación y de asociación en el país o en el exterior.

En efecto, la Sala encuentra que los diversos contenidos normativos analizados a lo largo de este concepto se orientan inequívocamente a que la prestación de los servicios públicos, por su importancia para la sociedad, esté a cargo de empresas dedicadas a ese fin y no a otros distintos que no guarden relación con él, salvo las precisas excepciones del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 (municipios, organizaciones autorizadas, etc.). En ninguna de tales disposiciones está previsto ni expresa ni tácitamente que la prestación de un servicio público domiciliario sea una de las varias actividades de una empresa comercial cualquiera o que la empresa creada originalmente para ese fin de servicio público y sujeta por esa situación a un régimen especial del cual se derivan derechos, obligaciones, privilegios, etc., amplíe sus actividades a fines comerciales distintos; por el contrario, el legislador es prolijo al regular la exclusividad del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios y establecer alrededor del mismo, sus posibles actividades complementarias y de inversión y asociación.

Si bien no es la regla general, no es extraña tampoco en el ordenamiento jurídico la existencia de actividades privadas cuyo objeto está limitado en la ley por razones de interés general; véase también, por ejemplo, la actividad financiera, que pese a referirse a operaciones típicamente mercantiles, exige a los interesados la creación de empresas con objeto social exclusivo en alguna de las modalidades previstas en la ley (banco, corporación financiera, compañía de financiamiento comercial, etc.), el cual no puede ampliarse con base en la aplicación de las normas del Código de Comercio que aluden a su forma societaria y al carácter mercantil de sus actos y contratos<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-172 de 2009 indicó: "En la misma línea, el hecho de que su objeto social sea el desarrollo de una actividad catalogada por la Constitución como de interés público, en la que se compromete el destino del dinero de las personas, implica que las entidades dedicadas a la captación y colocación de dinero ejercen su libertad económica en un marco de restricciones mayor al de los particulares que

A este respecto, en el caso analizado es concluyente lo que dispone también el artículo 45 de la misma ley 142, en el sentido que **el principio rector del control empresarial** de las empresas de servicios públicos domiciliarios, *es hacer coincidir los objetivos de la organización con sus fines sociales*, esto es, según el artículo 18 ibídem, con la prestación de los servicios públicos domiciliarios o sus actividades complementarias:

“Artículo 45. Principios rectores del control. El propósito esencial del control empresarial **es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales** y su mejoramiento estructural, de forma que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados. El control empresarial es paralelo al control de conformidad o control numérico formal y complementario de éste.

El control debe lograr un balance, integrando los instrumentos existentes en materia de vigilancia, y armonizando la participación de las diferentes instancias de control.

Corresponde a las comisiones de regulación, teniendo en cuenta el desarrollo de cada servicio público y los recursos disponibles en cada localidad, promover y regular el balance de los mecanismos de control, y a la Superintendencia supervisar el cumplimiento del balance buscado.”

Si ese marco legal no responde a las necesidades actuales del mercado debido a los desarrollos tecnológicos o a las realidades económicas que enfrentan actualmente tales empresas, será un asunto que corresponderá revisar al propio legislador y no al intérprete, pues conforme se ha revisado, la normatividad vigente no permite llegar a una conclusión diferente a la que se ha señalado.

Es así que la posibilidad de incluir en el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios actividades comerciales distintas y completamente ajenas a tales servicios, plantearía de hecho, como se advierte de la consulta, múltiples problemas de aplicación e interpretación que no encajan bien o carecen de regulación en el régimen especial de los servicios públicos de la ley 142 de 1994. Por ejemplo, ¿serían esas otras actividades objeto de regulación, control y vigilancia o se generarían en las empresas actividades supervisadas y otras no?; ¿cuál sería el régimen tributario aplicable, como quiera que la ley 142 de 1994 establece reglas especiales para las empresas de servicios públicos domiciliarios?; ¿la obligación de la ley 142 de 1994 de tener auditoría externa se aplicaría a las actividades que no son de prestación de servicios públicos domiciliarios?; ¿los sistemas especiales de información que deben llevar las empresas de servicios públicos domiciliarios serían apenas parciales (solamente para las actividades de servicio público)?; ¿Si como plantea la consulta, en el caso de las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas esas otras actividades se sujetarían al derecho público, sucedería lo mismo con los trabajadores dedicados a ellas, es decir, surgiría un doble régimen legal laboral: de derecho privado para algunos y legal y reglamentario para otros?; ¿tratándose de empresas oficiales o mixtas existiría igualmente un doble régimen legal para los actos y los contratos?

---

no la ejercen. La jurisprudencia constitucional ha dicho que la libertad económica que subyace a la actividad bancaria **es por muchos aspectos distinta a la libertad de que goza un particular en el ejercicio corriente de sus negocios**, pues, amén de que involucra la prestación de un servicio público, debe garantizar la satisfacción del principio de igualdad, de democratización del crédito y participar en el incremento de la prosperidad general (...) **Ahora bien, una de las consecuencias directas de la limitante a la libertad económica de las entidades dedicadas a la actividad financiera es que las mismas sólo pueden hacer aquello que expresamente les ha sido autorizado por la Constitución y la Ley**” (se resalta). Véanse también, por ejemplo, conceptos de la Superintendencia Financiera del 28 de julio de 2008 o del 1 de marzo de 2004.

Como se observa, en esta perspectiva surgiría a la fuerza un doble régimen legal que rompería la coherencia y unidad de la ley 142 de 1994; sus disposiciones podrían relativizarse y volverse incluso inaplicables, a más de que habría un grave riesgo para el ejercicio de los mecanismos estatales de regulación, supervisión y vigilancia del sector, los cuales deben garantizar antes que nada la continuidad y calidad de los servicios públicos esenciales de la comunidad.

Por ello se reitera que la remisión al derecho privado para los actos, contratos y régimen societario de las empresas de servicios públicos domiciliarios, debe leerse a partir de un principio de subsidiaridad y de forma concordante con el marco legal creado por el propio legislador.

## **7. El caso de la empresa regulada en los artículos 167 de la ley 142 y 32 de la ley 143 de 1994.**

Las conclusiones que se acaban de exponer se reafirman para la segunda y tercera preguntas de la consulta, relacionadas con la empresa regulada de manera particular en los artículos 167<sup>12</sup> de la ley 142 y 32<sup>13</sup> de la ley 143 de 1994; en efecto, además de lo ya señalado para la generalidad de empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala observa que el objeto social de dicha empresa fue definido de manera particular por el mismo legislador, quien por demás lo limitó de manera precisa a uno solo de los varios servicios posibles de las empresas de energía: la interconexión<sup>14</sup>. Las normas en cita son perentorias sobre su objeto social (“que en lo sucesivo será”), sin dejar espacio a una ampliación posterior del mismo hacia actividades distintas a las del servicio público que le fue encomendado.

En este escenario, en que el objeto social de la empresa pública es directamente definido por la ley, la propia Administración y los particulares interesados en asociarse con ella conocen de antemano los límites de la voluntad pública y el hecho de que ese será un aspecto de la empresa para cuya reforma no será suficiente una decisión de sus órganos sociales<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> “Artículo 167. Reformas y escisión de ISA S.A. Autorízase al gobierno nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., **que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto principal (...)** Parágrafo 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional **no podrá** participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad.” (se resalta)

<sup>13</sup> **Artículo 32.** Autorízase al Gobierno Nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., **que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión, la planeación y coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto Social (...)** Parágrafo 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional, **no podrá** participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad. (se resalta)

<sup>14</sup> En desarrollo de estos artículos, el Decreto 1521 de 1994 ordenó a ISA reformar sus estatutos para adaptar su objeto a lo dispuesto en ellos: “Artículo 11. La sociedad Interconexión Eléctrica S.A. **tendrá por objeto social el contemplado en los artículos 167 y 32 de las leyes 142 y 143 de 1994. (...)** **PARÁGRAFO.** Dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia de este Decreto, ISA procederá a reformar sus estatutos para ajustarlos a lo dispuesto en este artículo.”

<sup>15</sup> En Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, esta Sala ya había señalado lo siguiente en relación, precisamente, con las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas: “El derecho aplicable al acto de creación o autorización: es claro que por tratarse de actos que afectan la estructura de la administración nacional, o territorial, es necesario que se encuentren en una ley, ordenanza o acuerdo, y por lo mismo se rigen por el derecho público.”

Frente a este límite legal con menor razón se podrá invocar entonces el derecho privado de las sociedades y de los actos y contratos, el cual opera, como se ha dicho, de manera subsidiaria a lo dispuesto en la ley 142.

Así, en lo que respecta a la tercera pregunta de la consulta, está claro que para ampliar el objeto de la empresa en cuestión a actividades distintas a las propias de prestación de servicios públicos o sus actividades complementarias sería necesaria una reforma legal y no bastaría una reforma simplemente estatutaria; además, ello haría aconsejable una revisión mucho más general del marco jurídico de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, pues según se ha señalado, el mismo no está diseñado para tales efectos. En cualquier caso, sería necesario justificar desde el punto de vista constitucional y de los principios que informan la ley 142 de 1994, una modificación parcial de esta última para conceder un trato favorable a una empresa mixta u oficial.

Por lo mismo, sería el propio legislador el llamado a definir cuál sería el régimen contractual de esas otras actividades no vinculadas con los servicios públicos, especialmente cuando se trate de empresas oficiales o mixtas; tales aspectos, como se desprende de lo señalado a lo largo de esta consulta, no están previstos actualmente en la ley 142 de 1994, estructurada alrededor de un objeto propio y particular para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

## **B. LA CELEBRACIÓN DE “CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS” CON EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES O MIXTAS POR EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN DIRECTA.**

Sobre este segundo aspecto de la consulta (preguntas 4 a 6) surgiría una contradicción cuando se invoca la remisión exclusiva y excluyente del derecho privado para fundamentar la ampliación del objeto social de las empresas de servicios públicos, pero a renglón seguido se demanda la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública para indicar que a su amparo las empresas de servicios públicos con participación estatal se considerarían entidades estatales, pero solo para efectos de la suscripción de contratos interadministrativos –por contratación directa y sin licitación pública- con otras entidades estatales que actuarían como contratantes.

A este respecto, es cierto que la generalidad del artículo 2 de la Ley 80 de 1993<sup>16</sup> permitiría entender *prima facie* que toda empresa con participación estatal superior al 50% sería entidad estatal para efectos de dicha ley y que, por lo tanto, se sujetaría a ella en todos los aspectos de su contratación, inclusive en lo relacionado con la celebración de contratos interadministrativos<sup>17</sup>. También es cierto que conforme al numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 es posible

---

<sup>16</sup> Artículo 2o. de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: **1o. Se denominan entidades estatales:** a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

<sup>17</sup> El Decreto 2474 de 2008 establecía: “**Artículo 78. Contratos interadministrativos.** Las entidades señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.” Esta regla se encuentra reproducida en el Decreto 734 de 2012 - Artículo 3.4.2.1.1.

entender que el legislador ha previsto la existencia de contratos interadministrativos entre entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación Pública y otras sometidas a un régimen especial como las universidades<sup>18</sup>.

Sin embargo, en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, es necesario tener en cuenta que además de la aplicación del derecho privado a sus contratos (artículo 31 de la ley 142 de 1994<sup>19</sup>), dichas empresas actúan en condiciones de mercado y bajo un régimen de competencia que les impide reclamar para sí privilegios propios del Estado, como el de suscribir contratos interadministrativos por el sistema de contratación directa.

En efecto, la ley 142 sujeta a todas las E.S.P al mismo régimen jurídico y les concede las mismas prerrogativas con independencia de su condición privada, oficial o mixta. De hecho, como se observa en el segundo inciso del artículo 31 antes citado, el uso forzoso de potestades excepcionales en algunos de sus contratos es extensible a todas las empresas de servicios públicos y no sólo a las que tienen participación pública.

Además, el artículo 2º de la misma ley 142 establece que el Estado intervendrá en los servicios públicos, con el fin de garantizar *“libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; el artículo 3 señala que los instrumentos de intervención estatal deberán regirse por un principio de neutralidad “a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios”; y el artículo 11 señala que las empresas que presten servicios públicos tienen, entre otras obligaciones, “asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros” y “abstenerse de prácticas*

---

<sup>18</sup> Ley 1474 de 2001. Artículo 92. *Contratos interadministrativos*. Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.” (se resalta)

<sup>19</sup> “Artículo 31. Régimen de la contratación (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001): Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.**

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

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.” (se resalta)

*monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.”*

Es así que el artículo 87 de la Ley 489 de 1998 dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado que por razón de su objeto *compitan* con empresas privadas “no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas”.

Al respecto, es relevante entonces lo que dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, sobre la no aplicación del Estatuto General de Contratación Pública cuando, precisamente, las empresas del Estado actúan en régimen de competencia:

Artículo 14. *Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado.* Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados**, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. (se resalta)<sup>20</sup>

Así, bien es cierto que esta misma Sala<sup>21</sup> y diversos pronunciamientos judiciales se han referido a la pertenencia de las empresas de servicios públicos mixtas y oficiales a la estructura del Estado<sup>22</sup>, ello no implica la variación de su régimen legal y el hecho de que en lo que a contratación se refiere, actúan en condiciones de mercado y competencia, con exclusión, para unas y otras, del Estatuto General de Contratación Pública<sup>23</sup>. De hecho incluso, en algunos casos se ha señalado

---

<sup>20</sup> Antes de su modificación, la Ley 1150 de 2007 era muy similar respecto a lo que impacta la presente consulta: “Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional** o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley.”

<sup>21</sup> Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.: “Aplicando lo expuesto en los tres acápites anteriores a las empresas de servicios públicos mixtas, es claro que son entidades públicas, pues en ellas participa el Estado, previa una decisión contenida en una ley, ordenanza o acuerdo, con una parte del capital de la misma, que debe ser igual o superior a la mitad. Para la Sala es igualmente claro que las llamadas privadas, en las que confluya la voluntad pública de participar en ellas con aportes de recursos del Estado y los particulares, también entran en esta clasificación genérica de entidades públicas. Las citadas empresas hacen parte también del concepto de administración pública del artículo 39 de la ley 489 de 1998, pues son *entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo... la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano.*”

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sentencia de marzo 2 de 2006, M.P. Alier Hernández. Rad. 29703; Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007; recientemente, sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, 12 de febrero de 2012. M.P. Martha Teresa Briceño. Se refiere a que para efectos de la Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, ISA es entidad pública, con independencia de que aplique reglas de derecho privado.

<sup>23</sup> En Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo; igualmente Consejo de Estado, Sección Cuarta, 12 de febrero de 2012. M.P. Martha Teresa Briceño.

que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas son personas de derecho privado que no forman parte de la Administración<sup>24</sup>, lo cual reafirmaría aún más lo que se ha venido señalando.

En síntesis, las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación pública no podrán invocar su carácter estatal para tener la prerrogativa de ser contratadas directamente por el Estado bajo la noción de *contrato interadministrativo*. Ello vulneraría, a juicio de la Sala, los principios de igualdad y libre competencia que informan tanto la ley 142 de 1994 como la propia ley 80 de 1993.

### III. La Sala RESPONDE

*1 ¿Las Empresas de Servicios Públicos que se rigen por la Ley 142 de 1994 pueden modificar su objeto social y extender su capacidad para desarrollar de manera adicional, actividades diferentes a aquéllas señaladas en la citada ley? ¿O por el contrario, solo pueden tener un objeto específico circunscrito a las actividades que trata dicha norma?*

*2 ¿De ser permitida la modificación del objeto social para realizar actividades diferentes a las que regula la Ley 142 de 1994, es viable que una empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo objeto social fue definido por la misma ley (artículos 167 de la ley 142 y 32 de la Ley 143 de 1994) pueda igualmente efectuar modificaciones a su objeto social, en desarrollo del principio de igualdad frente a las demás ESP?*

*3 ¿De ser viable la modificación anterior, ella debe hacerse mediante la expedición de una nueva ley o puede, atendiendo a su naturaleza de ser una sociedad de régimen especial que se rige por las normas propias de las sociedades anónimas, adoptar estas modificaciones mediante una reforma estatutaria en los términos del Código de Comercio?*

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

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

*4. ¿Si es viable que las ESP mixtas modifiquen su objeto social para desarrollar actividades diferentes a las que señala la Ley 142 de 1994, los contratos que celebren para ejecutar tales actividades se regirán por las normas de la contratación pública, dada la participación mayoritaria del Estado en el capital de la ESP?*

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004, apoyada en Concepto del 28 de enero de 1999, M.P. Javier Henao Hidrón.

5. *¿En este último evento de tener que acudir a las normas de la contratación pública, puede celebrarse contratos interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa de que trata la Ley 1150 de 2007?*

6. *¿Al celebrar contratos interadministrativos bajo la modalidad de selección directa pueden estos contratos contener algunos elementos propios de una concesión?*

**Respuesta.** Por sustracción de materia no habría lugar a responder estas preguntas.

En todo caso, como las empresas de servicios públicos con participación estatal actúan en régimen de competencia con aquéllas de naturaleza privada, oficial o mixta y sus contratos se rigen también por el derecho privado, no pueden invocar prerrogativas propias de las entidades estatales para suscribir contratos interadministrativos mediante contratación directa.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*En Comisión de Servicios*  
**AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA**  
Presidente de la Sala

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**  
Consejero de Estado

**ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**  
Consejero de Estado

**WILLIAM ZAMBRANO CETINA**  
Consejero de Estado

**JENNY GALINDO HUERTAS**  
Secretaria de la Sala