



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION TERCERA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2.008)

**Ref.:** Exp. 33.645  
**Actor:** Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá  
**Demandado:** Comunicación Celular SA. COMCEL  
**Acción:** Recurso de anulación

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión aclaro mi voto en relación con el auto proferido el 12 de diciembre de 2007, en el proceso de la referencia.

**1. Síntesis del problema suplicado.**

Conoció la Sala del recurso ordinario de súplica como consecuencia de que la Magistrada Ponente declaró la nulidad de todo lo actuado, toda vez que la Empresa de Teléfonos de Bogotá SA. ESP., es una empresa de carácter mixto, de manera que no pertenece a la estructura del Estado, y por esa razón la controversia no es de conocimiento de esta Corporación.

La Sala, acertadamente, revocó la decisión, aduciendo que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, y por ende forman parte de la rama ejecutiva del poder público. Esta afirmación, que comparto, quiero fundamentarla con las siguientes razones, que fortalecen dicho criterio, el cual he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta idea fue expuesta en el auto febrero 8 de 2007 -Exp. 30.903-, del cual fui ponente. Allí se sostuvo esto precisamente, pues en tal ocasión una de las partes del proceso era una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, de manera que el mismo problema quedó resuelto en esa ocasión.



Aclaración de Voto, Exp. 33.645  
Actor: E/13 SA. 1991.

## **2. Competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación. Consideración especial tratándose de Empresas Mixtas de SPD.**

*2.1. Problemática existente sobre el juez competente de los conflictos de las empresas de SPD, y redefinición de las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tras la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006.*

Esta Corporación, en varias ocasiones, ha definido la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias donde son parte las empresas de SPD:

Luego de la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, por medio de las cuales se reguló el régimen de prestación de los SPD, se suscitaron diferencias entre las distintas corporaciones judiciales, quienes vacilaban al momento de establecer cuál era el juez de estas controversias, en razón al derecho privado y al régimen de libre competencia al que se sujetan las empresas.

El tema adquirió estabilidad con la entrada en vigencia de la ley 1.107, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., pues dispuso que esta jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las "entidades públicas". Sin embargo, el párrafo del art. 2 de dicha ley señaló que se mantenían, entre otras, las competencias previstas en las leyes 142 de 1993 y 712 de 2001<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Dice esta ley: "Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.



Aclaración de Voto. Exp. 33.645  
Actor: ETB SA. ESP.

Frente a esta circunstancia, mediante auto de esta Sección, de febrero 8 de 2007 –Actor: Aguas de la Montaña. Exp. 30.903-, la Sala interpretó y precisó los efectos de la nueva ley, entre otros, en materia de conflictos de las empresas de SPD, con especial énfasis en una empresa de SPD de carácter mixta.

Allí se destacó y analizó el cambio que sufrió el criterio que empleaba la norma derogada –art. 82 CCA.- para definir las materias que correspondía asumir a esta jurisdicción, pasando de un “criterio funcional” –controversias suscitadas por el “ejercicio de la función administrativa”- a un “criterio orgánico” –controversias donde sea parte una “entidad estatal”-, dejando de lado, por tanto, si la actividad que ejerce la entidad pública es administrativa, pues lo determinante ahora es estar enfrente de una entidad pública<sup>3</sup>.

Respecto al alcance e incidencias de este cambio normativo, sobre las empresas de SPD, y la tarea de establecer cuáles operadores del servicio son estatales y cuáles no, aclaró la Corporación lo siguiente, lo que se mantiene y justifica su cita *in extenso*:

## “2.2. Efectos de la ley 1.107 de 2006 sobre los SPD.

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la ley 1.107 establece algunas excepciones:

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

<sup>3</sup> Criterio reiterado por esta Sala en auto de marzo 27 de 2007, exp. 25.619.



Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas.

No obstante lo previsto en la nueva norma, **resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

Para definir este tema resulta ilustrativo, pero sobre todo decisivo, revisar la Exposición de Motivos del proyecto de ley que se convirtió, luego, en la ley 1.107 de 2006. Sin embargo, también se debe acudir a los demás antecedentes legislativos -Informes de Ponencias de cada debate-, porque pueden ilustrar, de mejor manera, cuál fue el sentido, propósito e intención del legislador, al expedir esta ley. (...)

En la Exposición de Motivos quedó claro, atendiendo a los comentario que se hicieron, que la intención o razón de ser de la iniciativa tenía que ver con la necesidad de definir, con precisión, quién era el juez de las controversias estatales, **tendiendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos recurrencia, algunos problemas de competencia de manera contradictoria<sup>4</sup>.**

Con el paso de los años se hizo evidente que la determinación del juez competente se convirtió, en algunos casos, en un verdadero problema que incidía en el derecho de acceso a la justicia. En particular, la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, universidades públicas, empresas sociales del Estado, entre otras entidades públicas, en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso desesperadamente contradictoria, en lapsos relativamente cortos, llegando a tomarse el tema particularmente problemático. Por esta razón, en la Exposición de Motivos se dijo que:

"La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia. En efecto, la concepción según la cual existe correspondencia entre la aplicación del régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa se ha estimado, en unos casos, superada y, en otros, en cambio, se ha entendido vigente. El Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada<sup>11</sup>, y tratándose de responsabilidad contractual

---

<sup>4</sup> Dice la exposición de motivos que "De esta rápida reseña jurisprudencial se deduce que existen criterios encontrados en los altos tribunales a los que se ha hecho alusión, en lo que tiene que ver con la definición de un criterio material de competencia, tal como lo establece el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuando se refiere a litigios y controversias administrativos."



ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.: (...)

'En efecto, al establecer el citado artículo 82, que la competencia se define por el carácter administrativo de la controversia, está fundándose en un criterio material de muy difícil definición o, al menos, de una definición única.

'En efecto, aun aceptando la tesis del Consejo de Estado, según la cual litigio administrativo es aquel que se origina en el ejercicio de una función administrativa, definir cuándo el Estado ejerce una función pública y cuándo no, ha sido un tema muy controversial; volviendo al ejemplo de los servicios públicos, existen, por lo menos, tres respuestas que la doctrina ha propuesto frente a la pregunta de si su prestación constituye o no el ejercicio de una función pública. En primer lugar, hay quienes afirman que, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, toda la prestación de los servicios públicos debe ser considerada función pública, por tratarse de una actividad relacionada con los fines del Estado Social de Derecho<sup>17</sup>; sin duda esta ha sido la posición adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al menos en las últimas providencias citadas. En segundo lugar, están quienes sostienen que, si el servicio público es prestado por un particular, no debe ser considerado función pública, pero si la prestación la realiza una entidad pública, la misma adquiere tal carácter<sup>18</sup>. Por último, unos terceros sostienen que, de acuerdo con la forma en que se estableció el régimen de servicios públicos en la Constitución de 1991, su prestación, por regla general, no constituye una función pública; no obstante, esta última posición señala que, en su prestación, aquellas actividades que resultan del ejercicio de prerrogativas propias del Estado sí revisten tal carácter<sup>19</sup>. Esta es la tesis que prohija el Consejo de Estado en la providencia citada, acudiendo a un análisis sistemático de la Constitución Política y la ley<sup>20</sup>. Esta posición es compartida por la Corte Constitucional, que, en la Sentencia C-037 de 2003<sup>21</sup>, expuso lo siguiente: (...)

En estos términos, se percibe con facilidad, el propósito que tuvo el proyecto de reforma, determinante de sus móviles, fue la problemática de los SPD, de ahí que se sugiriera, como se insinúa en el último párrafo citado, que el juez de las empresas de SPD debía ser esta jurisdicción.

Esta idea se hace aún más evidente en los siguientes apartes de la exposición de motivos, según la cual:

**7. No se pretende modificar las leyes que establecen reglas de competencia en materia laboral y de servicios públicos domiciliarios.** Por último, el proyecto no pretende modificar las reglas de competencia ya establecidas en la ley, como es el caso... (...)

'En el mismo sentido, se mantiene la vigencia de las reglas de competencia establecidas en la Ley 142 de 1994, así como las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, que en el artículo 130, establece que el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos es de conocimiento de la jurisdicción