

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

**Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015).**

Radicación: 13001 23 31 000 2003 10008 01

Actor: Eduardo Aguilar Valiente

Demandado: Electrocosta S.A. E.S.P.

Referencia: Acción popular

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 20 de octubre de 2005, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Esta providencia será revocada y, en su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

A pesar de que, en sentencia C-389 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 142 de 1994, que autoriza el cobro de intereses moratorios por el no pago oportuno de las facturas de servicios públicos, *“bajo el entendido que en cuanto a la tasa de interés moratorio se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil a los usuarios de inmuebles residenciales”*, lo que, de acuerdo con la parte motiva de la decisión, implica dejar de lado la aplicación de las normas consagradas sobre el particular por el Código de Comercio, consideradas más gravosas para el usuario, la entidad accionada, en el contrato uniforme de prestación del servicio eléctrica de energía, estipuló que, con fundamento en lo dispuesto en el

artículo 2231 del Código Civil, los usuarios del servicio público de energía que incumplieran en el pago de una factura o de cualquier otra obligación debían pagar intereses moratorios a una tasa idéntica a la consagrada en el Código de Comercio, sin hacer distinción alguna respecto de los usuarios residenciales.

## **I. Lo que se demanda**

1. El 4 de febrero de 2003, el señor Eduardo Aguilar Valiente, a nombre propio y en ejercicio de la acción popular, presentó demanda en contra de Electrocosta S.A. E.S.P., por la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (f. 1-5 c. 1). A título de pretensiones solicitó que:

1. *Se ordene a Electrocosta S.A. E.S.P. a cobrar a partir de la providencia que así lo indique el interés moratorio civil del 6% anual y/o 0.5% mensual a los usuarios residenciales.*
2. *Se ordene la devolución de las sumas injustamente cobradas a todos los usuarios y suscriptores por ese acto ilegal y abusivo.*
3. *Que se condene al pago de un incentivo que señale la ley para el evento de acciones sobre moral administrativa o de acciones populares.*

1.1. Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, durante los meses de agosto de 2002 a enero de 2003, la empresa Electrocosta S.A. E.S.P. cobró a sus usuarios residenciales intereses moratorios superiores al 6% anual, máximo permitido según las normas civiles y lo considerado por la Corte Constitucional, en sentencia C-389 de 2002, al declarar inexecutable el artículo 96 de la Ley 142 de 1994 que preveía la posibilidad de cobrar intereses moratorios sobre saldos insolutos. A su juicio, a partir del 25 de septiembre de 2002, fecha de desfijación del edicto mediante el cual se notificó la sentencia de la Corte Constitucional, las empresas prestadoras de servicios públicos no podían cobrar a sus usuarios residenciales intereses superiores a los civiles.

## **II. Trámite procesal**

2. Mediante auto de 6 de marzo de 2003, la magistrada a cargo del expediente en el

Tribunal Administrativo de Bolívar **rechazó por improcedente la demanda** instaurada en consideración a que las pretensiones del actor eran propias de procesos declarativos que debían adelantarse por trámites diferentes a la acción popular. En ese sentido concluyó que si se trataba de resolver una controversia surgida en torno a la ejecución de un contrato de prestación de servicios públicos, correspondía al actor adelantar la reclamación correspondiente ante la entidad con el fin de provocar un pronunciamiento susceptible de ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, en relación con la solicitud de devolución de lo cobrado, indicó que cada uno de los usuarios afectados debía iniciar la acción que considerara pertinente (f. 54 c.1).

3. Recurrída por el accionante (f. 585-57 c.1), la anterior decisión fue repuesta en auto de 14 de agosto de 2003 con fundamento en que, de conformidad con los artículos 20 al 23 de la Ley 472 de 1998, el estudio de admisibilidad de una acción popular se limita a la verificación de requisitos formales. En consecuencia, **admitió la demanda** (f. 60-61 c.1).

4. Electrocosta S.A. E.S.P. presentó escrito de **contestación** en el cual sostuvo que: i) no es cierto que cobre intereses moratorios superiores a los permitidos por la ley pues, tal como está estipulado en el contrato de prestación de servicios, *“Electrocosta se encuentra facultada para cobrar intereses de mora civiles, a la tasa prevista en el artículo 2231 del Código Civil”*; ii) la tasa del 6% anual sólo se aplica a falta de convención contractual sobre el particular; iii) no capitaliza intereses; iv) sin entrar a discutir la naturaleza jurídica de Electrocosta, lo cierto es que los dineros correspondientes al pago de intereses de mora no pertenecen al patrimonio público y, por lo tanto, no podría invocarse respecto de ellos la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa; v) en todo caso, Electrocosta ha actuado con transparencia y en estricto respeto a la normativa que regula la materia; y vi) tampoco se observa vulneración alguna al derecho al acceso a los servicios públicos (f.63-69 c.1).

5. El 5 de marzo de 2004 se llevó a cabo la **audiencia especial de pacto de cumplimiento**, la cual se declaró fallida por cuanto las partes se mantuvieron en sus respectivas posiciones. Es de anotar que el apoderado de Electrocosta manifestó que *“en todo caso, consideramos improcedente la acción popular, por cuanto se debaten aspectos meramente contractuales que tienen una vía judicial diferente”* (f. 97 c.1).

6. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión en primera instancia** la empresa accionada insistió en que los intereses moratorios cobrados se ajustan perfectamente al ordenamiento jurídico y agregó que las pretensiones reparatorias expresadas son de naturaleza individual y no colectiva, razón que, aunada al hecho de que se trata de una controversia de carácter eminentemente contractual, implica que la acción popular interpuesta sea improcedente. Finalmente indicó que el actor popular no podía pretender la modificación de contratos en los cuales él no es parte (f. 110-122 c.1). Por su parte, el accionante reiteró que la Corte Constitucional prohibió el cobro de intereses mercantiles a los usuarios residenciales, orden que la accionada está eludiendo al tener en cuenta como interés convencional el bancario corriente, que es aquel establecido para créditos mercantiles.

7. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas<sup>1</sup>, el 20 de octubre de 2005 el Tribunal Administrativo de Bolívar profirió **sentencia de primera instancia** mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda “*por falencia fáctica (probatoria) y por improcedencia ante la ausencia de vulneración colectiva*” (f. 135-139 c. ppl.). Fundó su decisión en que el supuesto de hecho invocado no implica la afectación de los derechos colectivos que la consagración de la acción popular busca proteger, pues es necesario distinguir la prestación del servicio que, al dispensarse de manera comunitaria, afecta el derecho de un colectivo, de los cobros del servicio que son de carácter particular y subjetivo, de modo que los afectados son los usuarios, individualmente considerados. Consideró también que los términos del contrato de condiciones uniformes de prestación del servicio de energía eléctrica litigioso es claro al establecer que Electrocosta “*se encuentra facultada para cobrar intereses de mora civiles, a la tasa prevista en el artículo 2231 del Código Civil, equivalente a una vez y media el interés bancario corriente (...) lo cual quiere decir que no se han desconocido los preceptos citados por la Corte Constitucional en la sentencia C-389 de 2002*”.

8. Inconforme con la decisión, el accionante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** (f. 141-144 c. ppl.). Las razones de su desacuerdo son las siguientes:

8.1. No es cierto que la empresa accionada esté cumpliendo con lo ordenado por la Corte Constitucional porque, justamente, esta última prohibió de manera expresa el

---

<sup>1</sup> El *a quo* las decretó mediante providencia de 18 de marzo de 2004, f. 103 c.1.

cobro de intereses comerciales a los usuarios residenciales y, al referirse al artículo 2231 –relativo a los intereses que causan los préstamos de dinero- y no al 1617 del Código Civil -en el cual se consagran los intereses civiles en general-, la cláusula que consagra los intereses moratorios tiene en cuenta los comerciales, contraviniendo expresamente lo decidido por la Corte Constitucional.

8.2. La empresa accionada vulnera el derecho a la moralidad administrativa porque defrauda el contenido de lo ordenado por la Corte Constitucional al celebrar y ejecutar los contratos de prestación de servicios públicos.

8.3. La acción popular sí es procedente por cuanto no hace falta demostrar una violación efectiva de derechos colectivos, basta con que exista una amenaza como la presente en el *sub examine* pues, como lo consideró la misma Corte Constitucional, el cobro de intereses comerciales a usuarios residenciales de servicios públicos puede implicar, eventualmente, la afectación del derecho constitucional a una vivienda digna.

8.4. El contrato de prestación de servicios públicos sí puede violar derechos colectivos en la medida en que *“regula una relación entre una masa de usuarios y una empresa en posición dominante, que como se ve con esta estipulación, abusa de su posición”*.

9. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión de segunda instancia**, la empresa accionada insistió en que: i) mediante las acciones populares no puede ordenarse la protección de derechos individuales; ii) de admitirse que fuera ilegítimo, el cobro de intereses moratorios *“vulneraría, a lo sumo, derechos individuales que se encuentran en cabeza de personas determinadas o determinables”*; iii) la acción popular no tiene por objeto la indemnización de perjuicios sufridos por personas individualmente consideradas y, sin embargo, la demanda contiene pretensiones en ese sentido; iv) si bien es cierto que la Corte Constitucional estableció que los intereses de mora para usuarios residenciales debían fijarse a partir de la tasa consagrada en el Código Civil, no especificó cuál de las varias consagradas en ese cuerpo normativo era la aplicable, de modo que era legítimo escoger entre ellas; v) de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, se requieren, además, elementos adicionales como la mala fe por parte de la administración, sin embargo, en el caso bajo análisis no sólo no se vulnera el ordenamiento jurídico -porque se hizo una aplicación válida de lo decidido en la

sentencia y las divergencias interpretativas no implican violación a la moralidad administrativa-, sino que tampoco se demostró la mala fe de la accionada; vi) Electrocosta no hace parte de la administración estatal, por cuanto se trata de una empresa constituida con capital privado y por lo tanto no puede predicarse respecto de ella la violación a la moralidad administrativa; y vii) no se demostró la vulneración de otros derechos colectivos, pues aplicar sanciones o cobrar intereses moratorios a los usuarios de un servicio no implica impedir el acceso a los servicios públicos, ni falta de prestación eficiente y oportuna (f. 156-175 c.1).

9.1. Por su parte el **Ministerio Público** conceptuó que lo perseguido por el accionante es la protección de un derecho particular y concreto, no colectivo, de allí que la acción popular interpuesta resulte improcedente. Indicó que *“si la prestación del servicio público de energía eléctrica de los usuarios del servicio está regido por el contrato antes mencionado, las cláusulas que él contiene obligan sólo a las partes contratantes y no comprometen, en manera alguna, intereses o derechos de la colectividad”*. En consecuencia, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia (f. 176-186 c.1).

10. Estando el proceso para fallo, el magistrado entonces a cargo del expediente consideró necesario oficiar al gerente de la accionada para que informara, de manera precisa, *“el porcentaje de participación pública en la sociedad al momento de la presentación de la demanda”* (f. 229 c.ppl.). El secretario general de la junta directiva de la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la demandada, certificó que: *“conforme a los registros encontrados en los Libros de Acciones de Electrocosta, esta sociedad tenía un porcentaje de participación pública al 4 de febrero del 2003 del 27,98%”* (f. 231 c.ppl.).

## CONSIDERACIONES

### I. Jurisdicción y competencia

11. De acuerdo con los artículos 15<sup>2</sup> y 16<sup>3</sup> de la Ley 472 de 1998 y 82 del Código

---

<sup>2</sup> Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en *“(...) actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia”*. Cabe destacar

Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006<sup>4</sup>, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las acciones populares originadas en las actuaciones de las entidades públicas o de las personas que desempeñen funciones administrativas –en los términos de la Ley 142-, o propias de los distintos órganos del Estado –en los de la Ley 1107 de 2006<sup>5</sup>-. Así, para determinar la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción popular instaurada contra Electrocosta S.A. E.S.P. se hace necesario establecer si esta última puede ser considerada como entidad estatal o, de concluirse que es una persona privada, si al actuar como se le reprocha, es decir, al estipular una cláusula del contrato uniforme de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica, desempeña una función administrativa o propia de los órganos del

---

que, dados los términos empleados, el criterio dispuesto por la Ley 472 para determinar la competencia en materia de acciones populares fue, sin lugar a dudas, orgánico; contrario al material, que en la misma época determinaba la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa según la cual esta última conocía de las controversias y litigios *administrativos* originados en la actividad de las entidades públicas. Con el cambio operado por la Ley 1107 de 2006 de un criterio material a uno orgánico, la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa se asemejó al fijado por la Ley 472 para las acciones populares.

<sup>3</sup> De conformidad con el párrafo de esta norma: “*Hasta tanto entren en funcionamiento, los juzgados administrativos, de las acciones populares interpuestas ante la jurisdicción contenciosa administrativa conocerán en primera instancia los tribunales contencioso administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado*”, disposición que se aplica al *sub examine* comoquiera que, para la fecha en que para la época en que entraron a operar los juzgados administrativos –agosto de 2006-, ya se estaba tramitando la segunda instancia. Sobre el particular ver la providencia de 31 de agosto de 2008 proferida por la Sección Primera de la Corporación, exp. 25000-23-25-000-2005-00335-01(AP), C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

<sup>4</sup> Norma según la cual el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa es el siguiente: “*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*”.

<sup>5</sup> Es interesante poner de presente la fluctuación que, en los términos utilizados, han presentado las diferentes normas de competencia. Así, el texto original del Decreto 01 de 1984 por el cual se expidió el Código Contencioso Administrativo consagraba que esta jurisdicción era competente para juzgar “*las controversias originadas en actos y hechos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas*”, disposición que conservó el mismo sentido en la modificación introducida por el Decreto 2304 de 1989 según el cual dicha competencia versaba sobre “*las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*”. No obstante, en relación con la competencia de la jurisdicción contenciosa respecto a las actividades de los particulares, la Ley 446 de 1998, promulgada el 7 de junio de 1998, operó un cambio pues en lugar de supeditarla a que dichos particulares ejercieran funciones administrativas, lo hizo al hecho de que desempeñaran “*funciones propias de órganos del Estado*”, expresión que, sin embargo y pese a la cercanía temporal de la adopción de la Ley 472 de 1998 –promulgada el 5 de agosto de 1998-, no fue adoptada por esta última.

Estado.

11.1. Teniendo en cuenta que, al momento de la interposición de la acción popular, el porcentaje de participación pública en la sociedad accionada era inferior al 50%, la definición de su naturaleza jurídica no es una cuestión pacífica, como lo demuestran los diferentes pronunciamientos que han proferido sobre el particular tanto la Corte Constitucional como esta Corporación. Lo anterior en virtud de la divergencia interpretativa que existe en torno al alcance de las definiciones contempladas en la Ley 142 de 1994 sobre las empresas prestadoras de servicios públicos<sup>6</sup>, dado que, según cierto entendimiento, ellas determinan la naturaleza jurídica de dichas empresas, mientras que, según otro, se limitan a fijar el régimen que les es aplicable, asunto que sería distinto al de su naturaleza. De acuerdo con la primera postura, las empresas de servicios públicos que tienen participación pública y privada y que, a la luz de las definiciones consagradas por la Ley 142, son mixtas o privadas, según la prevalencia de uno de los dos componentes, no hacen parte de la estructura del Estado; mientras que, de conformidad con la segunda postura, estas empresas son, al margen del contenido de dichas definiciones, entidades estatales.

11.2. Antes de la promulgación de la Ley 489 de 1998 –mediante la cual se definió la estructura de la rama administrativa del poder público- la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo la tesis negativa al conceptuar que, a la luz de las definiciones consagradas por la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos que tenían una participación pública inferior al 50%, debían ser consideradas como privadas y ello a pesar de que otras normas como la Ley 80 de 1993 o el Código de Comercio estipularan criterios diferentes para distinguir las empresas privadas de las sociedades

---

<sup>6</sup> Se trata de las contenidas en los numerales 14.5, 14.6 y 14.7 del artículo 14 de esta Ley, según los cuales: “14.5. *Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. //14.6 Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%. //14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.*

de economía mixta<sup>7</sup>. Luego, con posterioridad a la promulgación de la Ley 489, la misma Sala concluyó que, de acuerdo con esta última, las únicas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que hacían parte de la estructura del Estado eran las oficiales y las industriales y comerciales, mientras que las demás debían ser consideradas como privadas:

*Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º.)<sup>8</sup>.*

---

<sup>7</sup> Concepto de 10 de septiembre de 1998, rad. 1141, C.P. Augusto Trejos Jaramillo. En este concepto, rendido sobre el alcance del control fiscal en relación con las empresas prestadoras de servicios públicos, se consideró: “Se advierte cómo se adopta aquí un criterio legal distinto al utilizado, por ejemplo, en el régimen de contratación de las entidades estatales, en el que se tipifica como sociedades de economía mixta aquellas en las que el Estado tenga una participación superior al 50% (ley 80 de 1993, art. 2º., numeral 1º, letra a-), o al contenido en la ley comercial, en la que se califica de sociedad de economía mixta a todas las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (Código de Comercio, art. 461), sin perjuicio de que la proporción del aporte estatal al capital de la persona jurídica tenga consecuencias frente al régimen jurídico aplicable. // Ello trae como consecuencia, frente a la legislación de servicios públicos, que sólo se tengan como empresas mixtas a aquellas con participación igual o superior al 50% y como privadas a todas aquellas en las que la participación particular sea mayoritaria. Por contraste, en la legislación general se habla de sociedades de economía mixta independientemente de la proporción del capital estatal; así mismo, no se tiene como empresa privada a aquellas sociedades donde la participación estatal exista, así ésta sea minoritaria. // Como puede apreciarse, la ley 142 de 1994 establece unas categorías especiales de personas jurídicas, frente a las normas generales de las personas jurídicas públicas. Esas nuevas categorías tienen una regulación también especial, de aplicación preferente, pues se trata de empresas de servicios públicos domiciliarios, con disposiciones ya no sólo aplicables a la naturaleza de la persona jurídica, sino referentes a su régimen jurídico, como pasa a analizarse a continuación. (...) Debe tenerse presente que el anterior es el fundamento jurídico de la procedencia del control fiscal sobre las empresas mixtas de servicios públicos. No por tratarse de sociedades de economía mixta, pues como ya se analizó aquellas empresas constituyen una nueva categoría de personas jurídicas, diferenciadas de las sociedades de economía mixta reguladas por el decreto 1050 de 1968, el decreto 130 de 1976 y el Código de Comercio (art. 461)”.

<sup>8</sup> Concepto de 28 de enero de 1999, rad. 1171. C. P. Javier Henao Hidrón.

11.3. En la misma línea la Corte Constitucional, en sentencia T-1212 de 2004<sup>9</sup>, al estudiar la naturaleza jurídica de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios para efectos de determinar las condiciones bajo las cuales la acción de tutela procedía contra ella, indicó:

*...debe advertirse que la Ley 142 de 1994 creó tres categorías distintas de empresas de servicios públicos domiciliarios, a saber: Las empresas oficiales, mixtas y privadas. El artículo 14 de la citada ley, las define (...). Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte<sup>10</sup>. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios.*

*Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.*

11.3. No obstante, después de que la Corte Constitucional, en sentencia C-953 de

---

<sup>9</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>10</sup> [18] *Dispone la norma en cita: “Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas.// Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.// La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. // Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”. (Subrayado por fuera del texto original)”.*

1999<sup>11</sup>, sostuviera que toda sociedad donde existiera participación estatal y privada, sin importar el monto del capital proveniente de una u otra, forma una sociedad de economía mixta y, por lo tanto, pertenece a la estructura del Estado<sup>12</sup>, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 2 de marzo de 2006<sup>13</sup>, adoptó la tesis según la cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con participación pública y privada integran la rama del poder ejecutivo. Por su interés para

---

<sup>11</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra, sentencia mediante la cual se declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que disponía "para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no pueda ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, efectivamente suscrito y pagado".

<sup>12</sup> Las consideraciones de la Corte fueron las siguientes: "4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares. // 4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. // De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución. // 4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa".

<sup>13</sup> Exp. 29703, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

efectos de entender la problemática planteada por el presente asunto, las razones expuestas en ese fallo se transcriben *in extenso*:

*En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.*

*En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distinguen por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común. (...)*

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

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

*En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella “d) Las empresas sociales del Estado y **las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**”. A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas.*

*Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque -según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que*

precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y **las sociedades de economía mixta**”.

De otro lado, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) -en caso de que el anterior argumento fuera insuficiente-, que integran la rama ejecutiva “g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o **autorice la ley** para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.” (Negrillas fuera de texto). En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas mixtas de SPD requiere autorización legal, ordenanza, de acuerdo o equivalentes, para ser creada.

Estas ideas -con sus correspondientes problemas- se reiteran en el art. 68 de la misma ley 489, el cual determina, en los siguientes términos, los entes que integran las entidades descentralizadas: (...)

En quinto lugar, también se debe aclarar que el hecho de que los arts. 38 y 68 citados hayan establecido, en forma expresa, que las “empresas oficiales de SPD” hacen parte de la estructura del Estado se debe a otra razón, aún más elemental.

Pudo, en principio, ser innecesario que la ley 489 hubiera prescrito explícitamente que las empresas oficiales de SPD integran la estructura del Estado, porque bastaba con la referencia a las “empresas industriales y comerciales del Estado” para que tales entidades se entendieran incluidas. El problema radica en que las empresas oficiales de SPD se pueden constituir de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, a su libre elección<sup>14</sup>.

De manera que no bastaba con establecer que las empresas industriales y comerciales del Estado pertenecen a la estructura del Estado para entender allí incluidas todas las ESPD oficiales, porque habrían quedado por fuera las empresas oficiales constituidas como sociedades por acciones; de ahí que fuera necesaria la expresa previsión que se hizo en los arts. 38 y 68, de que hacen parte de tal estructura las empresas oficiales de SPD a fin de recoger en este concepto las dos formas jurídicas que ellas pueden adoptar.

De allí que la Sala entienda que la referencia expresa, en ambos artículos, a este tipo de empresa, no significa que las mixtas de SPD hayan quedado excluidas de la estructura del Estado, pues ellas quedaron recogidas en otros apartes de los artículos citados, según se acaba de ver.

En sexto lugar, encuentra la sala que el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado -como lo dice

---

<sup>14</sup> [20] Esta posibilidad está contemplada en el art. 17 de la ley 142, el cual establece: “NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley. // “PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.”

*la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004<sup>15</sup>- no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, pues con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; lo cual es a todas luces un despropósito, como lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999<sup>16</sup>.*

*Puede ocurrir, perfectamente, que una entidad estatal se cree o rija, en mayor o menor medida, según las reglas propias del derecho privado, lo que no la convertirá en privada, pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos -pero no en forma absoluta- tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública. Incluso puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto (negritas en el texto original)<sup>17</sup>.*

11.4. Esta posición fue reiterada por la misma Sección en sentencia de 27 de abril de 2006<sup>18</sup> y en auto de 8 de febrero de 2007<sup>19</sup>, sin embargo, no fue compartida por toda la Sala. La magistrada Ruth Stella Correa Palacio salvó su voto con fundamento en razones que pueden resumirse así: i) las empresas de servicios públicos con participación pública y privada no pueden asimilarse a sociedades de economía mixta *“porque de acuerdo con el marco constitucional y legal constituyen un tipo del género “empresa de servicios públicos domiciliarios”, categoría especial propia del régimen de los servicios públicos domiciliarios con clara diferencia frente a las entidades descentralizadas por servicios”,* regida de manera específica por la Ley 142 de 1994, la

---

<sup>15</sup> [21] *Dijo la Corte, con franco error, que “Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios.”*

<sup>16</sup> [21] *Dice esta sentencia con acierto, y en contradicción con la anterior sentencia, que “4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.”*

<sup>17</sup> La magistrada Ruth Stella Correa Palacio se apartó de la decisión por estimar que *“El legislador no ha atribuido competencia a esta jurisdicción para conocer del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas de contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así éstas sean de carácter estatal”,* es decir, el salvamento no controvertió la conclusión de la decisión a propósito del carácter estatal de las sociedades prestadoras de servicios públicos en las que existe participación pública y privada.

<sup>18</sup> Exp. 30096, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>19</sup> Exp. 30963, C.P. Enrique Gil Botero.

cual debe ser interpretada teniendo en cuenta la especialidad de su objeto; ii) los artículos 38 y 68 de la Ley 489 no ubican a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas dentro del sector descentralizado por servicios, como sí lo hace con las oficiales; iii) la misma Corte Constitucional en la sentencia C-558 de 2001 mediante la cual estudió algunas normas de la Ley 142, señaló que las sociedades de economía mixta son un tipo societario “proscrito” del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios; y iv) la doctrina, en particular, la Superintendencia de Servicios Públicos ha señalado de manera constante que las empresas mixtas de servicios públicos no son especies de las sociedades de economía mixta. En la lógica expuesta por la magistrada disidente, dado que las empresas de servicios públicos con participación pública y privada no son sociedades de economía mixta, tampoco hacen parte de la estructura del Estado a la luz de las definiciones consagradas en la Ley 142 de 1994 y de las disposiciones de la Ley 489 de 1998.

11.5. Con el fin de que se zanjara la controversia así planteada, varios ciudadanos presentaron una acción pública de constitucionalidad en virtud de la cual la Corte Constitucional profirió la sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007<sup>20</sup> que, por una parte, indicó que las empresas de servicios públicos a que se ha venido haciendo referencia no eran una especie de las sociedades de economía mixta –argumento defendido por la posición mayoritaria de la Sección Tercera hasta ese momento-, sino que tenían una naturaleza jurídica especial –como lo sugería la magistrada disidente- y, por la otra, determinó que, en virtud de esa naturaleza y al margen de las definiciones adoptadas por la Ley 142 de 1994 para efectos de establecer el régimen jurídico que les era aplicable –declaradas exequibles-<sup>21</sup>, las empresas de servicios públicos, en

---

<sup>20</sup> Se dice en la sentencia que, a juicio de los actores, los apartes demandados de los artículos 38 numeral 2° literal d), 68 y 102 de la Ley 489 de 1998 y los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 “han sido objeto de múltiples, contradictorias y opuestas interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales” particularmente por diferentes secciones del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, “hecho que ha generado gran inseguridad jurídica y una enorme disparidad en la jurisprudencia” [lo que, a su juicio,] “vulnera los principios constitucionales de igualdad y confianza legítima, así como las normas superiores relativas a la estructura de la Administración pública. Incluso, dicen, existe disparidad jurisprudencial en cuanto a qué tipo de sociedades deben considerarse como mixtas”.

<sup>21</sup> En esta sentencia se estudió la constitucionalidad de, entre otras normas, los apartes que se subrayan de los numerales 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 que establecían las siguientes definiciones: “14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%. /”14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de

tanto tuvieren participación pública, independientemente del porcentaje de la misma, no podían excluirse de la Rama Ejecutiva y de la categoría de entidades descentralizadas:

*...después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.*

*Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “empresa de servicios públicos”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”. (...)*

[De manera que, al consagrar las definiciones mencionadas, el artículo 142 indicado] *“ simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública”. (...)*

*“Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se*

---

*convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.*

*conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.*

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

*Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.*

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

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



*oportunidad en la cual determinó que las empresas mixtas de SPD son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, independientemente del porcentaje de participación público que, en el capital social, tenga la empresa; así que aún las empresas de servicios públicos, con capital estatal inferior al 50%, según los términos del artículo 14.7 de la Ley 142 de 1994, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público y son entidades descentralizadas.*

*Concluyó igualmente la Corte, las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, son una categoría jurídica nueva de entidad pública descentralizada autónoma de tipología especial y no una especie de sociedad de economía mixta, como lo venía sosteniendo el Consejo de Estado, precisión que para efecto de la competencia jurisdiccional tuvo importantes incidencias en términos de lo prescrito por la Ley 1107 de 2006, puesto que el conocimiento, por parte de esta jurisdicción, de las controversias de estas entidades, proviene directamente de la naturaleza de estatal que éstas detentan y no en razón del porcentaje de participación estatal, mayor del 50%, en el capital social de la sociedad, factor que ya no resulta determinante para asumir competencia en relación con la empresas de SPD, como si lo es, en las sociedades de economía mixta.*

*De otra parte, la Sala, mediante auto de 12 de diciembre de 2007<sup>27</sup>, al resolver los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la ETB SA ESP y COMCEL S.A., contra el auto de 3 de agosto de 2007, que había declarado la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, determinó la competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver los recursos de anulación interpuestos contra laudos arbitrales proferidos con ocasión de las controversias contractuales donde sea parte una entidad estatal y de forma específica, una E.S.P., de naturaleza mixta, teniendo en cuenta que estas entidades hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

*Queda entonces claramente definida la competencia de la Sala para conocer de las controversias suscitadas en relación con los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan participación estatal en su capital social, sin interesar la cuantía.*

11.7. No obstante, en auto de 3 de diciembre de 2008<sup>28</sup>, la misma Sección se apartó momentáneamente de dicha posición por cuanto “*al efectuar un nuevo examen del asunto ha arribado a la conclusión de que las consideraciones que en dicho fallo –la sentencia C-736 de 2007- plasmó el Tribunal constitucional no resultan vinculantes*”. En ese sentido indicó que, en la medida en que la Corte Constitucional no condicionó la exequibilidad de las definiciones consagradas en la Ley 142 de 1994, ni de las normas

<sup>27</sup> [14] Auto de 12 de diciembre de 2007, Expediente 33645.

<sup>28</sup> Exp. 34745, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, quien había aclarado el voto en un sentido similar en la sentencia de 18 de junio de 2008 antes citada. Por encontrarse ausente, en esta decisión no participó el magistrado Enrique Gil Botero y fue suscrita sin aclaraciones ni salvamentos.

demandadas de la Ley 489 de 1998, estas disposiciones no sufrieron alteración alguna y siguen rigiendo hacia el futuro por lo que, en virtud de lo por ellas dispuesto, se concluyó que *“únicamente podrán tenerse como empresas de servicios públicos mixtas aquellas en cuyo capital los aportes de origen estatal sean iguales o superiores al 50%, mientras que deberán tenerse como empresas de servicios públicos privadas aquellas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a particulares”*. Es decir, la Sección dejó de lado las consideraciones relativas a la naturaleza jurídica especial de las empresas prestadoras de servicios públicos respecto de las cuales indicó *“apenas si constituyen un obiter dictum”*.

11.8. A pesar de plantearse como una nueva posición jurisprudencial, lo cierto es que la Sección Tercera no reiteró posteriormente lo sostenido en el auto de 3 de diciembre de 2008. Al contrario, en sentencia de 1º de abril de 2009<sup>29</sup>, después de retomar las consideraciones expuestas en la providencia de 2 de marzo de 2006, transcritas *in extenso* en este proveído, indicó que, aunque con variaciones, la sentencia C-736 admitió y compartió la tesis según la cual las empresas de servicios públicos con participación pública y privada, sin importar el porcentaje de una u otra, *“son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público”*. En un sentido similar se han pronunciado las Subsecciones B y C de la Sección Tercera de esta Corporación quienes, sobre este punto, han acogido expresamente las consideraciones expuestas en la sentencia C-736<sup>30</sup>. Lo mismo ocurre con otras secciones de la Corporación<sup>31</sup>. Así pues, sólo la Subsección A de la Sección Tercera ha insistido en la tesis sostenida en el auto de 3 de diciembre de 1998, esto es, aquella según la cual las definiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 determinan la naturaleza jurídica de las

---

<sup>29</sup> Exp. 34846, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>30</sup> En ese sentido pueden consultarse, de la Subsección B, la sentencia de 7 de abril de 2011, exp. 25000-23-24-000-2000-00016-01 AG, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y, de la Subsección C, la sentencia de 13 de febrero de 2013, exp. 25980, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

<sup>31</sup> Así, en sentencia de 26 de mayo de 2011, exp. 2003-658, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, la Sección Primera estimó que una empresa de servicios públicos mixta, al tenor de la Ley 142 de 1994, debía ser considerada como entidad descentralizada y, en tal virtud, se encontraba sujeta al deber de cancelar la cuota de fiscalización a que se refieren el parágrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000. Por su parte, la Sección Cuarta, en sentencia de 14 de agosto de 2013, exp. 18975, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez señaló que en la medida en que las empresas de servicios públicos con participación pública y privada hacían parte de la estructura del Estado están sujetas a los deberes u obligaciones tributarias que el legislador ha impuesto al conjunto de entidades estatales, entre ellos, la contribución especial de obra pública establecida en la Ley 1106 de 2006.

empresas prestadoras de servicios públicos, de modo que aquellas con participación pública minoritaria son privadas y no estatales<sup>32</sup>.

11.9. Repasado el panorama expuesto y teniendo en cuenta que: i) contrario a lo sostenido por la Subsección A, esta Sala considera que la *ratio decidendi* de la sentencia C-736 de 1998 –íntimamente ligada al *decisium* y, por lo tanto, constitutiva de la cosa juzgada constitucional- fue, precisamente, el que las normas cuya inexequibilidad se solicitó<sup>33</sup> se limitaban a determinar el régimen que les era aplicable a

---

<sup>32</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2013, exp. 29227, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>33</sup> Los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y los apartes subrayados de los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998: “Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: // “2. Del Sector descentralizado por servicios: a) Los establecimientos públicos; b) Las empresas industriales y comerciales del Estado; c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e) Los institutos científicos y tecnológicos; f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1° del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos” (...) Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. // Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. // Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley. // Parágrafo 1°. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. // Parágrafo 2°. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional. // Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el

las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero no definían su naturaleza<sup>34</sup>, sino que, interpretada de manera armónica, la Ley 489 de 1998 no excluía de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público a las empresas de servicios públicos con participación pública y privada<sup>35</sup>, decisión que fue proferida justamente en el marco de una acción de constitucionalidad en la que los accionantes pusieron de presente las divergencias interpretativas que había sobre el particular; y ii) dadas las dificultades que en términos de seguridad jurídica y acceso a la administración de justicia representa la falta de definición de un tema cuya complejidad y vicisitudes quedan en evidencia a partir de la reseña hasta aquí realizada, la Sala concluye que hay lugar a considerar, como lo ha hecho en otras ocasiones, que pese a tener una participación mayoritariamente privada, la accionada es de naturaleza pública, aunque para efectos de la aplicación del régimen consagrado en la Ley 142 de 1994, se considere como privada.

---

*presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993”.*

<sup>34</sup> En términos de la Corte: “Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada “(e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública. //Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “iguales o superiores al 50%”, contenida en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así como la exequibilidad de la expresión mayoritariamente, contenida en el numeral 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994”.

<sup>35</sup> En palabras de la Corte: “Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público”. Y en relación con el artículo 68 explicó “Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”.

11.10. Así las cosas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo número 55 de agosto 5 de 2003<sup>36</sup> expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 20 de octubre de 2005, mediante la cual resolvió la acción popular de la referencia sobre asuntos contractuales y relacionados con la moralidad administrativa, en contra de Electrocosta S.A. ESP.

## II. Hechos probados

12. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

12.1. En la sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002<sup>37</sup>, al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad del aparte del artículo 96 de la Ley 140 de 1994 que prescribe: “*En caso de mora de los usuarios en el pago de los servicios, podrán aplicarse intereses de mora sobre los saldos insolutos, capitalizados los intereses, conforme a lo dispuesto en la ley 40 de 1990*”, la Corte Constitucional consideró:

*...siendo la relación jurídica resultante de la prestación de un servicio público domiciliario de naturaleza contractual, el incumplimiento de la obligación de pagar por la prestación del servicio puede acarrear la imposición de la sanción prevista en la ley, consistente en el pago, a cargo del usuario, de un interés de mora. Entonces, si dicha relación jurídica también se rige por las normas del derecho privado y además es de carácter oneroso por cuanto es obligación de los usuarios contribuir al sostenimiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, no hay razón alguna que haga inconstitucional la aplicación de dicha sanción pues se trata de una consecuencia que deviene del incumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero.*

*Sin embargo, como es en los inmuebles de carácter residencial donde la prestación de los servicios públicos domiciliarios debe cumplir plenamente*

---

<sup>36</sup> Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de “(...) las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquéllas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”.

<sup>37</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*su función social, la sanción que en este caso se imponga a los usuarios ante el incumplimiento de su obligación de pagar por el servicio recibido debe ser lo menos gravosa posible, por lo que a ellos no se les debe aplicar para estos efectos la tasa de interés moratorio del Código de Comercio sino la del Código Civil, cuyas disposiciones al fin y al cabo también rigen el contrato de servicios públicos (Ley 142 de 1994 art. 132). De esta forma, no sólo se favorece a los usuarios al permitirles que solucionen más prontamente dicha obligación, sino también a las empresas prestadoras que se beneficiarían con la eventual reducción de su cartera morosa.*

*Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 96 de la Ley 142 de 1994 bajo el entendido que tratándose de usuarios o suscriptores de inmuebles residenciales la tasa de interés moratorio aplicable es la prevista en el Código Civil.*

*No sobra advertir que la norma bajo revisión utiliza la expresión "podrá", con lo cual deja a la empresa prestataria de servicio público domiciliario en libertad para cobrar, rebajar o exonerar a los usuarios del pago de intereses moratorios o hacer convenios con los deudores en esta materia (copia de la sentencia, f. 12-24 c.1).*

12.2. En el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia se declaró la exequibilidad del inciso 2º del artículo 96 de la Ley 142 de 1994 “bajo el entendido que en cuanto a la tasa de interés moratorio se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil a los usuarios de inmuebles residenciales” y la inexecutable de la expresión “capitalizados los intereses conforme a lo dispuesto en la Ley 40 de 1990” del mismo inciso. La sentencia no hizo mención alguna a sus efectos y fue notificada por edicto n.º 230 desfijado el 25 de septiembre de 2002 (copia de la sentencia, f. 24 c.1).

12.3. En respuesta a un derecho de petición elevado por el actor popular, el 30 de enero de 2003 la coordinadora de atención al cliente de Electrocosta, le indicó:

*La actividad que realiza la empresa, es la comercialización de energía eléctrica, y toda actividad comercial, por disposición del Código Civil, genera el cobro de intereses moratorios por el no pago oportuno del bien o servicio prestado, lo cual se recoge en la Resolución 108/97, cuando se dispone en el artículo 42 el derecho a cobrar en la factura los intereses moratorios por el no pago oportuno, lo anterior en concordancia con el Artículo 96 de la Ley 142/1994, el cual dispone que en caso de mora de los usuarios en el pago de los servicios, podrán aplicarse intereses de mora de los usuarios en el pago de los servicios, podrán aplicarse intereses de mora sobre los saldos insolutos, capitalizados los intereses, conforme a lo dispuesto en la ley 40 de 1990 y en su caso particular estos intereses se facturan en período siguiente*

a la fecha de realización del pago.

Ahora bien, los intereses a los que se refiere, dichos porcentajes facturados fueron el (sic) siguiente:

<i>Mes y año</i>	<i>Interés facturado</i>
<i>Agosto de 2002</i>	<i>2.21%</i>
<i>Septiembre de 2002</i>	<i>2.23%</i>
<i>Octubre de 2002</i>	<i>2.24%</i>
<i>Noviembre de 2002</i>	<i>2.19%</i>
<i>Diciembre de 2002</i>	<i>2.18%</i>
<i>Enero de 2003</i>	<i>2.17%</i>

(original del oficio, f. 6-7 c.1).

12.4. La cláusula trigésima segunda del contrato uniforme de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica, por medio del cual se definen las “*las condiciones de la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica en virtud del cual Electrocosta se obliga a suministrar a sus clientes el servicio de energía eléctrica*”, aportado por la accionada con la contestación de la demanda el 11 de septiembre de 2003, consagra:

*Interés moratorio: Con la celebración del presente contrato las partes convienen que en caso de incumplimiento en el pago de una factura o de cualquier obligación por parte del cliente, Electrocosta se encuentra facultada para cobrar intereses de mora civiles a la tasa prevista en el artículo 2231 del Código Civil, equivalente a una vez y media el interés bancario corriente. Todo lo anterior sin perjuicio de que se pueda ordenar la suspensión y/o corte del servicio y las acciones legales pertinentes (original del modelo de contrato, f. 83.5 c.1).*

### III. Problema jurídico

13. Corresponde a la Sala establecer si, como lo estima el actor popular, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-389 de 2002 en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 140 de 1994 “*bajo el entendido que tratándose de usuarios o suscriptores de inmuebles residenciales la tasa de interés moratorio aplicable es la prevista en el Código Civil*”, el hecho de que, según el contrato uniforme de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica, la accionada cobre intereses moratorios superiores a los legales del 6% anual previstos por el Código Civil, sin distinguir si los usuarios son de inmuebles residenciales o no, constituye una vulneración a los derechos colectivos invocados en la demanda o a otros susceptibles de ser amparados a través de la acción popular.

13.1. Comoquiera que han sido asuntos discutidos durante el trámite del proceso, la Sala analizará, previamente, la procedencia de la acción popular: i) en los eventos en los que a la demanda de protección de derechos colectivos se adicionan pretensiones indemnizatorias de carácter subjetivo, y ii) en los casos en los que el acto invocado como vulnerante es, como en el *sub examine*, la cláusula de un contrato uniforme de prestación de servicios públicos.

#### **IV. Análisis de la Sala**

##### **IV.1. La acción popular y el tipo de derechos para cuya protección procede**

14. La acción popular ha sido consagrada específicamente para “*evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*”, de allí que se haya insistido en la necesidad de distinguir esta clase de derechos de los de carácter individual que resultan comunes a un número plural de personas y respecto de los cuales deben ejercerse los mecanismos de protección tradicionales y, por razones prácticas, la acción de grupo también regulada en la Ley 472 de 1998<sup>38</sup>:

---

<sup>38</sup> Sección Primera, sentencia de 20 de enero de 2005, exp. 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP), C.P. Camilo Arciniegas Andrade, reiterada por la misma Sección en sentencias de 10

*No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.*

14.1. En el mismo sentido, en esta Corporación se ha sostenido que<sup>39</sup>:

*...un derecho colectivo se toma como un todo respecto de los miembros del conjunto de personas que promueven las acciones que nos ocupan, y en tal medida dichos derechos deben intrínsecamente poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad. Así las cosas, es necesario aclarar que los derechos e intereses colectivos son aquellos que rodean, uniformemente, a un grupo de personas que conforman una comunidad organizada, y que se convierten en sujetos activos de la acción popular, en el evento que sus derechos colectivamente considerados se encuentran conculcados. Así las cosas por tratarse de derechos e intereses que incumben a la sociedad en general, no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones con efectos inter partes...*

14.2. Dichas consideraciones son plenamente relevantes aun en los casos en los que los derechos colectivos para cuya protección fue consagrada la acción popular implican también una dimensión individual o subjetiva -como ocurre con aquel consistente en los derechos de los consumidores y usuarios- pues, en estos eventos, hay lugar a distinguir

---

de mayo de 2007, exp. 2003-01856-01(AP), C.P. Doctora Martha Sofía Sanz Tobón y 19 de noviembre de 2009, exp. 17001-23-31-000-2004-01492-01(AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. La Sección Tercera también ha sido enfática al señalar que las acciones populares no pueden ser utilizadas para ventilar controversias de carácter subjetivo, en ese sentido puede consultarse, por ejemplo, la sentencia de 3 de diciembre de 2008, rad. 7300-12-33-1000-2002-02086-01 (AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio en la cual se refieren varias de las situaciones en las que se ha definido que la acción popular era improcedente para tratar las controversias planteadas, por ser eminentemente individuales.

<sup>39</sup> Sección Primera –sala de conjueces-, sentencia de 1° de agosto de 2001, exp. 2001- 0249-01(AP), con ponencia del doctor Silvio Escudero Castro.

los mecanismos de defensa encaminados a proteger la dimensión individual del derecho, de aquellos que protegen su dimensión colectiva y que, como se ha dicho de manera reiterada, no son excluyentes. Así, refiriéndose específicamente a los derechos de los usuarios de servicios públicos, esta Corporación ha considerado<sup>40</sup>:

*De manera que, tal y como lo señaló el actor popular, la existencia de mecanismos de **defensa individual** de los derechos subjetivos del consumidor de los servicios públicos domiciliarios<sup>41</sup> individualmente considerado como son, justamente, los previstos en el Capítulo VII del Título VII de la ley 142 de 1994 (arts. 152 a 159), los cuales le permiten reclamar a título personal la defensa de sus derechos a través de las peticiones, quejas y recursos, no excluye en manera alguna la procedencia de las acciones judiciales para la **defensa colectiva** de los derechos difusos<sup>42</sup>, como categoría diferente<sup>43</sup> de los derechos individuales del consumidor, pues su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter “supraindividual”, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art. 12 ley 472 de 1998) (negrilla en el original).*

14.3. En este orden de ideas y comoquiera que se trata de un mecanismo de defensa colectiva, la acción popular sólo resulta procedente para estudiar, desde una perspectiva general y no subjetiva, las conductas que afectan a la colectividad, es decir, aquellas que tienen efectos supraindividuales y no la situación particular y concreta de las personas que integran dicha colectividad, sin perjuicio de que estas últimas puedan acudir a las acciones consagradas específicamente para ventilar pretensiones relacionadas con la dimensión individual de un derecho colectivo como el relativo a los derechos de los consumidores y usuarios.

---

<sup>40</sup> Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>41</sup> [42] *Si bien las relaciones de consumo son reguladas por el Decreto 3466 de 1982, esta disposición no resulta en principio aplicable a los usuarios de servicios públicos domiciliarios dado el carácter especial de sus normas constitucionales y legales, vid. Los servicios públicos y la protección al usuario, en Revista Contexto No. 5, Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 1999, Pág. 32 a 37.*

<sup>42</sup> [43] *Vid. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997 y ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Tutela procesal de los consumidores, José María Bosch Editor, Primera edición, Barcelona, 1995*

<sup>43</sup> [44] *Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.*

14.4. En este mismo sentido no sobra recordar que la acción popular no puede ser utilizada con el fin de obtener la indemnización individual de los supuestos daños ocasionados por las accionadas, incluso si, como en este caso, las mismas se formulan en nombre de un número plural de personas. En ese sentido vale la pena recordar lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia T-508 de 1992<sup>44</sup>, reiterado en la sentencia C-215 de 1999<sup>45</sup>, en la cual estudió la exequibilidad de varias de las normas de la Ley 142 de 1998 que reguló las acciones populares y de grupo:

*...las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela.*

14.5. Teniendo en cuenta esta perspectiva la Sala considera necesario distinguir, en la demanda popular incoada, dos situaciones que ameritan tratamientos diferentes. Por una parte, la pretensión indemnizatoria de carácter individual que el accionante eleva en su propio nombre y en el de los demás usuarios del servicio público de energía brindada por la demandada, en virtud del cobro de intereses moratorios y que se concreta en la solicitud de que “se ordene la devolución de las sumas injustamente cobradas a todos los usuarios y suscriptores por ese acto ilegal y abusivo” y, por la otra, si la conducta de la accionada relativa al cobro de dichos intereses vulnera derechos cuya titularidad se encuentre en cabeza de la colectividad.

14.6. A propósito de la primera, estima la Sala que resulta improcedente analizarla en esta sede, en la medida en que implica la definición de intereses subjetivos pecuniarios perfectamente individualizables en función de lo pagado por cada uno de los usuarios por concepto de intereses moratorios y cuya indemnización debió ser solicitada a través de las acciones ordinarias o, eventualmente, de la acción de grupo.

14.7. No ocurre así con la segunda comoquiera que se trata de un asunto que puede analizarse al margen de las circunstancias particulares del accionante, esto es, independientemente de que sea o no suscriptor de un contrato de prestación del

---

<sup>44</sup> M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>45</sup> M.P. (E) María Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

servicio público de distribución de energía eléctrica con la accionada, o de que esta última le haya cobrado o no los intereses moratorios cuestionados.

14.8. En efecto, dado que la actuación supuestamente vulnerante de derechos colectivos se manifiesta principalmente en lo estipulado en un contrato uniforme de prestación de servicios públicos –supra párr. 12.4- que, por su naturaleza, legalmente definida<sup>46</sup>, se aplica “a muchos usuarios no determinados”, es fácil concluir que el análisis sobre lo allí estipulado excede ampliamente la situación particular del actor y tiene efectos respecto de una categoría abstracta de personas –usuarios actuales y futuros del servicio público de energía brindado por la entidad accionada- que, en esas circunstancias, es titular evidente de derechos colectivos tales como los de los consumidores y usuarios de servicios públicos y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

14.9. Precisado entonces que la presente acción popular tiene por objeto establecer si, en virtud de lo decidido por una sentencia de la Corte Constitucional, lo estipulado en una cláusula del contrato uniforme de prestación de servicios públicos vulnera derechos colectivos, le corresponde a la Sala estudiar los siguientes puntos: i) la procedencia de la acción popular frente a este tipo de contrato (15); ii) el o los derechos colectivos que pudieron resultar vulnerados con los hechos invocados en la demanda (16); y iii) el sentido del amparo que habrá lugar a conceder (17).

## **IV.2. La acción popular y los contratos uniformes de prestación de servicios públicos domiciliarios**

15. Es jurisprudencia consolidada de la Corporación<sup>47</sup> que, en virtud del carácter

---

<sup>46</sup> En efecto, el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 lo define así: “*Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados*”.

<sup>47</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de diciembre de 2003, 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP) IJ., C. P. Camilo Arciniegas Andrade. En el mismo sentido ver, entre muchas otras, Sección Tercera, sentencias de 6 de diciembre de 2001, exp. AP 221, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 5 de octubre de 2.005, exp. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; 10 de febrero de 2005, exp. 25000-23-25-000-2003-00254-01, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 3 de diciembre de 2008, AP-7300-12-33-1000-2002-02086-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. La posición ha sido reiterada recientemente en las siguientes providencias Sección Tercera, en pleno, sentencia de 2 diciembre de 2013, exp. AP 76001-23-31-000-2005-02130-01., C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y, de la Subsección B,

principal y autónomo de la acción popular, la misma resulta procedente para proteger derechos e intereses colectivos, cualquiera que sea la naturaleza de la conducta invocada como vulnerante y al margen de la existencia de otros medios de defensa judicial. Es en ese sentido que, a pesar de las discrepancias que surgieron en algún momento sobre el particular<sup>48</sup>, hoy por hoy está decantado que esta acción procede para proteger derechos colectivos amenazados o vulnerados por la actividad contractual del Estado y se ha considerado que, para ello, el juez popular puede adoptar todas las medidas necesarias, incluso la declaratoria de nulidad de los contratos, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de restituciones mutuas, entre otras<sup>49</sup>.

15.1. La misma tesis se aplica entonces frente a los contratos uniformes de prestación de servicios públicos -actividad que la Constitución Política definió como inherente a la finalidad social del Estado<sup>50</sup>-, pues no hacen falta mayores elucubraciones para concluir que, en tanto establecen las condiciones concretas de dicha prestación, los contratos de que trata el artículo 128 de la Ley 142 de 1994<sup>51</sup> también pueden vulnerar

---

sentencia de 29 de agosto de 2014, exp. exp. 25000232400020110003201, con ponencia de la misma magistrada.

<sup>48</sup> Para un recuento de dichas divergencias puede consultarse: Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, rad. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>49</sup> Sección Tercera en pleno, sentencia del 2 diciembre de 2013, rad. AP 76001-23-31-000-2005-02130-01, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. No obstante, es de anotar que el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 -norma que entró a regir con posterioridad a la interposición de la presente acción popular- restringió la posibilidad de que el juez popular anule actos administrativos o contratos, “*sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos*”; disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>50</sup> En efecto, el artículo 365 de la Constitución Política dispuso: “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.// Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita*”.

<sup>51</sup> En sentencia C-075 de 2006 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional resumió sus características legales así: “*Entre las características esenciales reconocidas a los contratos de condiciones uniformes además de tratarse de un negocio jurídico consensual, se encuentran su naturaleza uniforme, tracto sucesivo, oneroso, mixto y de adhesión. Es uniforme por someterse a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados. Es de tracto sucesivo pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo. Es oneroso ya que implica que por la prestación del servicio público*

derechos y/o intereses colectivos, de suerte que, en estos eventos, la acción popular procede para amparar estos últimos, al margen de las consideraciones sobre la naturaleza de dichos contratos o sobre el régimen jurídico que les es aplicable.

15.2. En efecto, la uniformidad del contrato y el hecho de que, como lo previó expresamente el legislador, las condiciones de la prestación a las que adhiere el usuario sean las estipuladas por la empresa de servicios públicos, tienen por finalidad procurar la realización de principios y objetivos de carácter general que, en la práctica, no se distancian del contenido de algunos derechos y/o intereses colectivos para cuya protección se consagró la acción popular. Al respecto vale la pena recordar lo considerado por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 128 de la Ley 142 de 1994 relativa a este tipo de contratos<sup>52</sup>:

*...el actor acusa los artículos 128 y 129 de la Ley 142 de 1994 porque, a su juicio, dichas normas, al definir el contrato de servicios públicos y sentar las reglas sobre su celebración, contrarían los principios de justicia y equidad (artículo 13 C.P.), en tanto permiten que las empresas prestadoras de servicios fijen de manera unilateral las condiciones contractuales. Además, alega el demandante que la intervención de las comisiones de regulación no puede reemplazar la voluntad ni los intereses de los usuarios.*

*Considera esta Corporación que los referidos contratos por adhesión, aunque deben ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio toda vez que se celebran entre una parte fuerte y una débil (ver, por ejemplo, las sentencias C-955 y C-1140 de 2000, proferidas por esta Corte en lo relativo a vivienda), así como los establecidos para la prestación de los servicios públicos, no violan, per se, el principio de igualdad. En este tipo de convenios una de las partes no está en condiciones de discutir las cláusulas contractuales, ya por la posición dominante en que se encuentra la otra, o porque, como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, los convenios particularizados con cada uno de los usuarios podrían comprometer gravemente la eficiencia y continuidad de la prestación y, por ende, el interés general.*

*Admitir como regla general la posibilidad de que las empresas prestadoras de*

---

*domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. Es de adhesión, en el entendido que las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerle a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido de las mismas. Finalmente, como previamente se señaló su naturaleza es mixta, pues las disposiciones jurídicas que lo regulan corresponden a una relación reglamentaria y contractual”.*

<sup>52</sup> Sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

*los servicios públicos domiciliarios deban siempre debatir individualmente las reglas convencionales, sí promovería la violación de la igualdad (artículo 13 C.P), pues ya no serían los principios de solidaridad, universalidad, ni los objetivos del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, las pautas que habrían de tenerse en cuenta en la celebración del respectivo contrato, sino que ellas vendrían a ser reemplazadas por el ánimo de lucro y el interés individual, y quedarían como últimas o menos importantes consideraciones la finalidad social de los servicios públicos (artículos 1, 2 y 365 C.P.), la solidaridad (artículos 1, 95 y 367 ibídem) y la igualdad real y efectiva (Preámbulo y artículos 13 y 367), las que, por el contrario, deben prevalecer con miras al bien común y a realizar los postulados del Estado Social de Derecho.*

*Cabe aclarar que este tipo de contratos por adhesión, también llamados "de cláusulas uniformes", no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, sólo que ésta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora.*

*También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función.*

*Además, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y, como anteriormente se indicó, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. De igual forma, la Carta señaló en el artículo 367 que el legislador debía fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y dispuso que el régimen tarifario tuviera en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

*En los términos de esta providencia, que están inescindiblemente unidos a la parte resolutive de la misma y en consecuencia son obligatorios, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 128 y del primer aparte del inciso primero del artículo 129 de la Ley 142 de 1994.*

15.3. Desde esta perspectiva es posible concluir que, de no cumplir con las finalidades de interés general que justifican sus características, las estipulaciones de los contratos de prestación de servicios públicos podrían violar no sólo los derechos colectivos cuyo contenido se relaciona de manera evidente con el de aquellos, como es el caso de los consagrados en los numerales h, j y n del artículo 4 de la Ley 472 de 1994 relativos, en su orden, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios que comprenden, sin lugar a dudas, los de los servicios públicos; sino, como se verá, derechos que, como el de la moralidad administrativa, resulta exigible en el marco de actividades necesarias para el cumplimiento de los fines del Estado, sujetas expresamente por el ordenamiento jurídico al respeto del principio de moralidad, como es el caso de la prestación de los servicios públicos.

#### **IV.3. Los derechos colectivos posiblemente afectados en el *sub examine***

16. El texto de la demanda fue unívoco al señalar como derechos colectivos vulnerados el de la moralidad administrativa y el del acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y fue precisamente en torno a estos últimos que se trabó el debate procesal desarrollado en las instancias. No obstante, es indispensable recordar que, como lo han sostenido de manera constante tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, dado el objeto de la acción popular<sup>53</sup>, el fallador en esta sede tiene amplios poderes que incluyen, entre otros, el determinar los derechos colectivos que, de acuerdo con los hechos invocados en la demanda y acreditados en el plenario, deben ser amparados -al margen de que hayan sido expresamente invocados o no-, así como la manera de garantizar su protección, esto es, el contenido de las órdenes que deben proferirse. En ese sentido el principio de congruencia que rige las actuaciones judiciales y que en los procesos ordinarios exige que la decisión sea perfectamente coherente con lo solicitado en la demanda, se entiende de una manera más laxa en sede popular en donde, en todo caso y por respeto al debido proceso, el juez debe abstenerse de analizar hechos ajenos a los mencionados en la

---

<sup>53</sup> Al respecto ver: Sección Tercera, sentencias de 16 de mayo de 2007, exp. 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP), M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y, recientemente, sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera de 26 de septiembre de 2013, exp. 25000-23-24-000-2011-00530-01(AP), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*causa petendi* de la demanda como amenazantes y/o vulnerantes<sup>54</sup>, pero puede pronunciarse sobre la vulneración de derechos no invocados en la demanda y, en las órdenes proferidas, apartarse del tenor de lo solicitado por los accionantes.

16.1. Bajo esta perspectiva la Sala encuentra que los hechos indicados en el libelo introductorio deben analizarse principalmente a la luz del ámbito de protección de los **derechos de los consumidores y usuarios**, consagrados como derecho colectivo por el numeral n del artículo 4 de la Ley 472 de 1994, específicamente, de los de los de los usuarios de los servicios públicos que, como ha sostenido esta Corporación: i) constituyen una especie de aquellos; ii) tienen una protección reforzada en cuanto dichos servicios son “*inherentes a la finalidad del Estado*”<sup>55</sup>; y iii) comprenden, aunque no se agotan, en el acceso a los mismos y a que su prestación sea eficiente y oportuna que si bien fue previsto por el literal j de esa disposición como derecho colectivo autónomo, es uno –si bien el principal- de los derechos consagrado a favor de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios<sup>56</sup>. Lo anterior por cuanto la conducta que el actor alega como vulnerante tiene que ver con que el cobro de intereses moratorios realizado por la entidad accionada se aparta de lo dispuesto sobre el particular por el ordenamiento jurídico -en el entendimiento establecido como constitucionalmente conforme por la Corte Constitucional-, asunto que se refiere directamente al alcance de los derechos que, en esa materia y a la luz del marco jurídico que regula el asunto, tienen los usuarios de los servicios públicos.

16.1.1. Como lo ha sostenido de manera constante la Corporación<sup>57</sup> y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo consagrado por el artículo 369 de la Constitución Política, es la Ley quien determina “*los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio*”, la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos sólo puede establecerse una vez se ha determinado su contenido, fijado por las normas que los regulan.

---

<sup>54</sup> En este sentido ver: Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, rad. 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>55</sup> Ver, por ejemplo, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, exp. 54001-23-31-000-2003-00266-01(AP), C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>56</sup>

<sup>57</sup> Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 17001-23-31-000-2004-00237-01(AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

16.1.2. En ese sentido es de recordar que el artículo 96 de la Ley 142 de 1994 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*” autorizó a las empresas prestadoras de servicios públicos a cobrar intereses de mora<sup>58</sup> y dado que, como lo dispone expresamente el artículo 3 de la Resolución n.º 108 de 3 de julio de 1997, proferida por el Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas<sup>59</sup>, “[l]as relaciones que surgen del contrato de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de distribución de gas combustible por red de ductos, se desarrollarán dentro de los principios consagrados en las Leyes 142 y 143 de 1994, y el Decreto 1842 de 1991, siempre que no contradigan tales leyes”, se entiende que los usuarios del servicio de energía eléctrica pueden verse obligados a cancelar intereses moratorios, cuando incurran en demoras en el pago de sus facturas.

16.1.3. No obstante, al analizar la constitucionalidad del mencionado artículo 96, la Corte Constitucional condicionó su exequibilidad a que la tasa de interés moratorio que se aplicara a los usuarios o suscriptores de inmuebles residenciales “*donde la prestación de los servicios públicos domiciliarios debe cumplir plenamente su función social*” fuera la del Código Civil, bajo el entendido de que esta era menos gravosa que la establecida en el Código de Comercio –supra párr. 12.1-; de allí que, al deber que las empresas prestadoras de servicios públicos podían imponer a los usuarios de pagar intereses moratorios, la sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002 adicionó el derecho de algunos de estos usuarios -los de inmuebles residenciales- a que dicha sanción fuere lo menos gravosa posible, lo que, en los términos de la Corte, implicaba que la tasa de los intereses aplicable no fuera la del Código del Comercio, sino la del Código Civil.

16.1.4. Sin embargo -y es aquí donde la Sala vislumbra la violación de los derechos a los consumidores y usuarios del servicio público de energía eléctrica, como derecho colectivo-, la cláusula trigésima segunda del contrato uniforme de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica, con

---

<sup>58</sup> Esta norma establece: “*Otros cobros tarifarios. (...)En caso de mora de los usuarios en el pago de los servicios, podrán aplicarse intereses de mora sobre los saldos insolutos, capitalizados los intereses, conforme a lo dispuesto en la Ley 40 de 1990. (...)*”.

<sup>59</sup> “*Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones*”.

fundamento en el cual la entidad accionada prestaba el servicio para el 11 de septiembre de 2003 –supra párr. 12.4-, establecía que los intereses moratorios que debían cancelar los usuarios, sin distinguir los de los inmuebles residenciales de los demás, era la equivalente a una vez y media el interés bancario corriente, es decir, la misma establecida por el artículo 882 del Código de Comercio, modificado por el artículo 11 de la Ley 510 de 1999, a cuyo tenor:

*Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, Ley 45 de 1990.*

*Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.*

16.1.5. Para la Sala no cabe duda alguna de que dicha estipulación vulnera abiertamente el derecho de los usuarios y suscriptores de servicios públicos domiciliarios de inmuebles residenciales, derivado de la exequibilidad condicionada del artículo 96 de la Ley 142 de 1994, a que los intereses moratorios que les sean cobrados sean inferiores a los establecidos por el Código de Comercio y ello independientemente de que el fundamento invocado por la entidad accionada sea lo dispuesto en el artículo 2231 del Código Civil.

16.1.6. Y es que si bien es cierto que en la sentencia C-389 de 2002, la Corte Constitucional no precisó expresamente las disposiciones del Código Civil a las que remitía para efectos del cobro de los intereses moratorios, no podría considerarse como constitucionalmente aceptable -en los términos del *decisum* y la *ratio decidendi* de esa decisión-, que el operador jurídico pudiera, con fundamento en un artículo de dicho cuerpo normativo<sup>60</sup>, cobrar una tasa equivalente a la que resultaría de aplicar las disposiciones del Código de Comercio, excluidas por la misma Corte en relación con los usuarios y suscriptores de servicios públicos domiciliarios de inmuebles residenciales, pues, se recuerda, aquella fue explícita al señalar que “*la sanción que en este caso se imponga a los usuarios ante el incumplimiento de su obligación de pagar*

---

<sup>60</sup> A cuyo tenor: “[e] interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor”. Es de anotar que la disposición hace referencia al interés corriente y no al bancario corriente mencionado por el Código de Comercio.

*por el servicio recibido debe ser lo menos gravosa posible, por lo que a ellos no se les debe aplicar para estos efectos la tasa de interés moratorio del Código de Comercio sino la del Código Civil”.*

16.1.7. Lo anterior menos aun si se tiene en cuenta que la norma invocada por la entidad accionada en el contrato vulnerante de derechos colectivos, esto es, el artículo 2231 del Código Civil, no tiene por objeto regular los intereses moratorios generados por el incumplimiento en el pago de una obligación dineraria, sino establecer la sanción aplicable en los casos en que se cobre un exceso de interés en el contrato de mutuo<sup>61</sup>, circunstancia que no sólo difiere del supuesto de hecho al que se refirió la Corte – demora en el pago de una obligación dineraria-; sino que, en los términos de la misma norma, presuponía la existencia de una tasa de interés previamente pactada por las partes, condición que no se verifica en el *sub examine* en donde, precisamente, la cláusula del contrato de condiciones uniformes en los que se invoca dicha norma tiene por objeto fijar esa tasa.

16.1.8. Ahora bien, si se tiene en cuenta que, en los términos de lo afirmado por la Corte Constitucional en la parte motiva de la sentencia C-389 de 2002, la norma relativa al cobro de intereses moratorios por el incumplimiento del pago de servicios públicos domiciliarios es exequible “*bajo el entendido que tratándose de usuarios o suscriptores de inmuebles residenciales la tasa de interés moratorio aplicable es la prevista en el Código Civil*”, la Sala concluye que la tasa a que se refirió la Corte Constitucional fue la de los intereses legales, correspondientes al 6% anual, consagrada en el artículo 1617 del Código Civil<sup>62</sup> y ello por cuanto, por una parte, esta es la norma que, en dicho código, regula expresamente la cuestión de la tasa de interés moratorio aplicable en los casos del incumplimiento de las obligaciones de pagar sumas de dinero -supuesto de hecho del que se ocupaba la Corte- y, por la otra,

---

<sup>61</sup> Es de anotar que el artículo 2231 se encuentra contenido en el título XXX del libro cuarto del Código Civil referido, precisamente, al contrato de mutuo o préstamo de consumo.

<sup>62</sup> Norma cuyo tenor es el siguiente: “**INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO.** Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: //1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. // El interés legal se fija en seis por ciento anual. // 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. // 3a.) Los intereses atrasados no producen interés. // 4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

porque si bien es cierto que esta norma establece que dicha tasa sólo rige en ausencia de convención de los contratantes, también lo es que, de acuerdo con lo considerado en la sentencia C-389 de 2002, en el caso de los usuarios residenciales de los servicios públicos domiciliarios, aquella debía ser la menos gravosa posible, lo que excluye de suyo la convención de intereses moratorios superiores a los legales.

16.1.9. Así las cosas, la Sala amparará los derechos a los consumidores y usuarios residenciales de los servicios públicos domiciliarios.

17. A propósito del derecho colectivo al **acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna** invocado por el accionante, la Sala se abstendrá de ordenar amparo alguno, toda vez que no encontró demostrado que la conducta de la accionada implicara, por sí misma, una restricción al acceso al servicio público de energía por ella brindada.

17.1. En efecto, si se tiene en cuenta que, tal como lo ha sostenido la Corporación, este derecho colectivo “*está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos*”<sup>63</sup> aunque no se agota allí sino que implica la posibilidad de exigir que el servicio se preste en las condiciones establecidas por el ordenamiento, es decir, de manera eficiente y oportuna, es fácil concluir que la conducta de la accionada, relacionada con la sanción económica que se impone a quienes, habiendo recibido el servicio, incurren en demoras al cancelar su pago, no vulnera este derecho, pues, *prima facie*, no impide o dificulta el acceso al servicio público de energía, ni implica que este último sea prestado de manera ineficiente o inoportuna.

17.2. Vale la pena insistir en que si bien es cierto que este derecho ha sido tratado en la jurisprudencia como haciendo parte de los conferidos a los consumidores y usuarios de los servicios públicos, considerados subespecie del género relativo a los derechos de

---

<sup>63</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de abril de 2007 de la Sección Tercera, exp. 54001-23-31-000-2003-00266-01(AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En un sentido similar ver: Sección Primera, sentencia de 13 de mayo de 2010, exp. 54001-23-31-000-2005-00507-01(AP), C.P. María Claudia Rojas, reiterada en Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2011, exp. 68001-23-15-000-2000-02865-01(AP), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

los consumidores y usuarios, no puede confundirse con estos últimos. Así pues, el que se constate la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos no conlleva automáticamente a concluir que se vulneró también el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos domiciliarios y a que su prestación sea efectiva y oportuna, es necesario acreditar que, efectivamente, la conducta de la accionada dificulta o impide el que los miembros de una comunidad determinada se conviertan en usuarios o beneficiarios del servicio o que lo reciban en las condiciones establecidas por la Ley.

18. En relación con el derecho colectivo a la **moralidad administrativa** invocado como vulnerado en el libelo introductorio y respecto del cual la accionada manifestó estar en incapacidad de quebrantarlo, la Sala advierte que si bien es cierto que, tradicionalmente, su exigencia se ha circunscrito al ámbito de las entidades públicas y de los particulares en ejercicio de funciones administrativas, supuestos en los cuales no se enmarcan de manera pacífica personas jurídicas como la accionada -como lo demuestra la discusión retrasada en el acápite de jurisdicción y competencia de esta providencia-, ni su actividad, esto es, la prestación de servicios públicos<sup>64</sup>, concretamente lo que tiene que ver con la estipulación de cláusulas del contrato uniforme que la regula<sup>65</sup>; también lo es que, como se concluye a partir del análisis realizado recientemente por esta Sala, dicho derecho también puede ser exigido en el marco de actividades que la Constitución Política ha consagrado como necesarias para el cumplimiento de los fines del Estado y a las que el mismo ordenamiento jurídico ha sometido al respeto del principio de moralidad al que sujeta la función administrativa (18.1), como ocurre con aquellas relacionadas con la prestación de servicios públicos (18.2), específicamente en lo que tiene que ver con el contrato de condiciones uniformes regulado por el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, en donde es evidente que la sujeción a dicho principio no es incompatible con su régimen (18.3).

---

<sup>64</sup> Sobre este tema pueden consultarse: Sección Tercera en el auto de 31 de marzo de 2005, exp. 25000-23-25-000-2004-01617-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra y sentencia de 26 de enero de 2006, exp. 54001-23-31-000-2002-01944-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>65</sup> Así, la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 23 de septiembre de 1997, exp. S-701, consideró que en dicho contrato se ejercían funciones administrativas. Sin embargo, las consideraciones allí expuestas fueron revisadas posteriormente por la Sección Tercera en el auto de 31 de marzo de 2005, exp. 25000-23-25-000-2004-01617-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, en el cual se llegó a la conclusión contraria.

18.1. En efecto, en sentencia de 5 de marzo de 2015<sup>66</sup>, esta Subsección concluyó, aunque no de manera unánime<sup>67</sup>, que los partidos políticos -organizaciones privadas que ni hacen parte de la administración pública, ni ejercen funciones administrativas- pueden, no obstante, amenazar o vulnerar el derecho colectivo a la moralidad administrativa en la medida en que el ordenamiento jurídico los sujetó al respeto del principio de moralidad, como lo hace respecto de la función administrativa, por cuanto cumplen un papel preponderante en la organización de la participación democrática, fin esencial del Estado. Así pues, la Subsección admitió que las actividades que, sin ser asumidas por entidades públicas o constituir ejercicio de funciones administrativas, interesan al Estado por ser necesarias al cumplimiento de sus fines y, en tal virtud, son sometidas al principio de moralidad al que se sujeta también el ejercicio de la función administrativa, son pasibles, como esta última, del juicio de moralidad que se realiza a través de la acción popular.

18.1.1. Lo anterior por cuanto no podría explicarse el que la colectividad tuviera derecho a que las entidades públicas y los particulares que ejercen funciones administrativas actúen de conformidad con el principio de moralidad al cual están sometidos, pero no el

---

<sup>66</sup> Exp. : 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>67</sup> En relación con la posibilidad de que un partido político vulnere el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el consejero Ramiro Pazos Guerrero salvó su voto por considerar que: i) en la medida en que no son entidades públicas ni hacen parte de la estructura del Estado, los partidos políticos no ejercen funciones públicas y, por lo tanto, no pueden ser sometidos a las mismas exigencias a las que están sometidas las autoridades públicas, como la moralidad administrativa; ii) la moralidad a la cual la Constitución somete los partidos políticos es, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, una moralidad pública, de entidad y características diferentes a la moralidad a la que somete a la función administrativa, constitutiva del derecho colectivo susceptible de ser protegido a través de la acción popular; iii) la moralidad pública a la que están sometidos los partidos políticos se concreta en la obligación de adoptar códigos de ética y someterse a ellos, de modo que nada tiene que ver con la moralidad administrativa que se refiere al ejercicio recto y puro de la función administrativa; iv) la moralidad que se concreta en los códigos de ética de los partidos no es universalizable mientras que la administrativa, exigible en la función con el mismo nombre, sí. En palabras del consejero: *“En conclusión, la moralidad administrativa es el código de conducta de quienes ejercen funciones administrativas, cuyo criterio de exigibilidad es la observancia del interés general y del orden jurídico. Por el contrario, el principio de moralidad pública, hace referencia al respeto de un código de conducta propio dentro del acatamiento de principios constitucionales superiores como el respeto a los derechos fundamentales. En el caso de los partidos y movimientos políticos, el principio de moralidad debería coincidir con su concepción ideológica o plataforma política. En la medida que existe pluralidad de partidos, existirá pluralidad de códigos de ética. En este sentido, no comparto la afirmación según la cual los partidos políticos buscan las mismas finalidades del Estado, toda vez que no son autoridades públicas. Otra cosa es que propendan por acceder a la dirección del Estado o ejercer el control político de sus actuaciones por las vías democráticas e institucionales”*.

consistente en que los particulares que llevan a cabo actividades que, por su naturaleza e importancia, han sido sometidas al mismo principio, se sujeten a él, cuando es indudable que, en ambas situaciones, existen motivos de interés público asociados a que las actuaciones de las personas concernidas, independientemente de su naturaleza jurídica pública o privada, se enderecen o, por lo menos, no se aparten abiertamente del cumplimiento de los fines estatales para el cual resultan necesarias. Es en ese sentido que en una ocasión en la que esta Corporación se vio avocada a pronunciarse sobre la posibilidad de someter al juicio de moralidad administrativa a una empresa prestadora de servicios públicos que, en los términos de la Ley 142 de 1994, era privada, la Sección Quinta consideró que *“el núcleo esencial de protección de la moralidad administrativa no se identifica por el carácter público del titular de la actuación u omisión que se reprocha sino por el contenido del bien jurídico que se busca proteger”* y que definió como la *“cosa pública”* sin identificarla con el ejercicio de funciones administrativas, aunque sí con el hecho de que se tratara de una actividad realizada con *“autorización especial del Estado”*<sup>68</sup>.

18.1.2. De acuerdo con este entendimiento el derecho colectivo a la moralidad administrativa no se define tanto como la exigencia de moralidad en la administración, esto es, el que las entidades públicas y los particulares que ejercen funciones administrativas desarrollen sus actividades de manera recta, pulcra y transparente, deber que ha sido asociado en múltiples oportunidades con la necesidad de desterrar de la administración pública prácticas de corrupción; sino como la moralidad a la que se somete a la administración –y que comprende el deber de que esta última actúe de la forma antes indicada-, pero que se exige también respecto de otras personas que desempeñan actividades que resultan necesarias para el cumplimiento de deberes y fines del Estado, son sometidas al mismo principio de moralidad de la función administrativa y respecto de las cuales no es posible afirmar que *“les sea permitido adelantar su actividad al margen de los intereses generales, de los principios superiores y del adecuado cumplimiento de las funciones y demás fines estatales, esto es, sin*

---

<sup>68</sup> Sentencia de 28 de junio de 2002, exp. 76001-23-31-000-2001-2075-01(AP-472), C. P. Darío Quiñones Pinilla. En esta sentencia se concluyó *“Evidentemente, si lo que se pretende salvaguardar es el comportamiento ético frente a la cosa pública es irrelevante que la acción u omisión sea producida por un funcionario público o por un particular que está investido de una autorización especial del Estado. En tales circunstancias, es posible que la conducta activa u omisiva de los particulares que prestan servicios públicos afecte el interés colectivo de la moralidad administrativa”*.

*sujetarse a las disposiciones constitucionales*<sup>69</sup>. Como se ve, esta definición de la moralidad administrativa ya no parte de los sujetos respecto de los cuales se predica, sino del contenido de la obligación a ellos impuesta pues, en palabras de la Subsección, “*no es el atributo de la función administrativa lo que determina la sujeción a ese juicio –el de moralidad- sino la circunstancia de regirse la actividad de que se trata por ese valor supremo*”<sup>70</sup>.

18.1.3. Ahora bien, de acuerdo con el criterio adoptado últimamente por el pleno de la Sección Tercera<sup>71</sup> y desarrollado por esta Subsección<sup>72</sup>, el contenido de este derecho

---

<sup>69</sup> Como lo sostuvo la Subsección en la sentencia de 5 de marzo de 2005 ya citada, existen actividades respecto de las cuales no es posible afirmar que

<sup>70</sup> Sentencia de 5 de marzo de 2015, *op. cit.*

<sup>71</sup> Sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en la cual se sostuvo: “*En criterio de la Sala, la moralidad administrativa es un valor constitucional que, si bien lo contiene, alcanza mayor jerarquía que el de la legalidad, en tanto no se agota en éste, trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos*” y, posteriormente, al analizar el caso concreto, se estudió si la actuación contractual adelantada por la demandada –EMCALI E.I.C.E. E.S.P.–, se adecuó a los principios y fines constitucionales para cuyo cumplimiento se sujetó al régimen de contratación del derecho privado, en cuanto este último permite realizar los principios de igualdad, neutralidad y libre competencia. Es de anotar que, sobre este punto, el consejero Ramiro Pazos Guerrero aclaró su voto en el sentido de indicar que los principios rectores de la función administrativa sólo se aplican de manera a los servicios públicos “*en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen*” y no podían aplicarse, sin más, a la contratación en el ámbito de los servicios públicos. A juicio del magistrado disidente, lo determinante para concluir sobre la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda –moralidad administrativa y patrimonio público– era el hecho de que la demandada, perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado, estuviere sometida “*a la más drástica de las modalidades de intervención estatal en este sector de la economía: la toma de posesión*” y no el que estuviera sujeta a los principios rectores de la función administrativa, entre ellos, la moralidad.

<sup>72</sup> En ese sentido en sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, se afirmó que: “*En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez*” –se destaca-. Al margen del aparte destacado, la providencia es prolífica al desarrollar el entendimiento de la moralidad administrativa como la exigencia de adecuación a los fines estatales que, en ese caso, se predica esencialmente de la administración pública, por ser la demandada una entidad pública –Comisión Nacional de Televisión-. No obstante, es importante indicar que, como se mencionó en la aclaración de voto

está determinado precisamente por el deber de sujeción a los deberes y fines del Estado, de modo que el juicio de moralidad administrativa que se adelanta a través de la acción popular se encamina a controlar judicialmente la observancia de aquellos. Es por esta razón que su alcance en cada caso concreto debe establecerse en función del deber o finalidad estatal que la actividad desarrollada por la persona demandada tiene por objeto cumplir, sin que ello suponga el extender a todas las actividades sujetas por el ordenamiento al principio de moralidad al que se somete la función administrativa, la aplicación de los principios y fines específicos de esta última<sup>73</sup>.

18.2. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, “[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” y que es por este motivo que el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 dispuso que los principios de la función administrativa, entre ellos, el de moralidad, se aplicarían a su prestación “en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen”<sup>74</sup>, la Sala concluye que el derecho colectivo a la moralidad administrativa es exigible en el marco de la prestación de servicios públicos -independientemente de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la persona que la tenga a cargo o de que, como se ha señalado en múltiples oportunidades, la misma no constituya ejercicio de función administrativa-, bajo el entendido de que, como se ha sostenido recientemente, dicho derecho consiste en que la actividad desarrollada no se aparte abiertamente de la finalidad social del Estado a la cual es inherente, juicio que debe realizarse sin perder de vista la naturaleza y régimen de dicha prestación y que, en esa medida, no es incompatible con estos últimos.

---

realizada conjuntamente por el consejero Ramiro Pazos Guerrero y quien proyecta esta providencia, el alcance y contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa está pendiente de unificación por el Pleno de la Corporación.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, en el caso concreto de los partidos políticos, la Subsección estudió si su actuación se acompasaba con los fines estatales para los cuales eran necesarios, estos son: “la eficacia i) del derecho fundamental de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en especial, en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; ii) de la democracia pluralista y participativa; iii) de los principios constitucionales de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y publicidad de los programas políticos, a los que se sujeta la actividad política, entre otros”.

<sup>74</sup> De acuerdo con esta norma: “La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a 2 la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen”.

18.2.1. Conclusión que no desconoce el que, como lo ha sostenido de manera reiterada la Corporación<sup>75</sup>, “[e]l modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido” pues, en primer lugar, la exigencia del derecho a la moralidad administrativa en el marco de la prestación de servicios públicos no se funda en una asimilación entre esta actividad y la función administrativa, sino en la constatación de que, por el hecho de ser inherente a un fin del Estado, aquélla es sometida a algunos de los principios rectores de esta última y, en segundo lugar, el juicio de moralidad administrativa al cual se somete la prestación de los servicios públicos no tiene que ver con que esta última se desarrolle de acuerdo con todos los valores, principios y reglas que regulan la función administrativa, sino con que no se aparte abiertamente de la finalidad social del Estado a la que resulta inherente, juicio que, se insiste, se adelanta en consideración a la naturaleza de esta actividad y al régimen que le es aplicable.

18.2.2. Y es que, como lo demuestra lo explicado recientemente por la Sección Tercera, el que la prestación de los servicios públicos se someta al régimen del derecho privado no implica que este sea incompatible con la finalidad social del Estado, al contrario, está orientado a su realización<sup>76</sup>:

*...la aplicación del derecho privado, dispuesto comúnmente para regular intereses particulares<sup>77</sup>, a las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios, procede siempre que no se soslaye el estricto cumplimiento de los principios y fines constitucionales.*

*En síntesis, las normas que rigen la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, atrás señaladas, guardan inescindible relación, de medio a fin, con el régimen de derecho privado al que se*

---

<sup>75</sup> Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. 54001-23-31-000-2002-01944-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido ver: Auto de 17 de febrero de 2005, exp. 27673, C. P. Alier E. Hernández Enríquez y sentencia de 21 de febrero de 2007, exp. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>76</sup> Sentencia de 2 de diciembre de 2013, *op. cit.*

<sup>77</sup> [47] *Como lo señala, por ejemplo, el estatuto civil: “[e]l Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles” –art. 1º.*

*encuentran sujetas, en cuanto éste permite realizar los principios de igualdad, neutralidad y libre competencia, asegurando así una prestación que responda a la realización de los fines sociales del Estado.*

18.3. Ahora bien, teniendo en cuenta que, como se explicó –supra párr. 15.1 a 15.3-, los contratos de condiciones uniformes regulados por el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 concretan las modalidades de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y tienen características particulares que se justifican, precisamente, por la finalidad social de dichos servicios, es posible concluir que se vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa si en dichos contratos se fijan cláusulas que contrarían abiertamente esa finalidad.

18.4. Es precisamente lo que ocurre en el *sub examine* pues, de acuerdo con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002, es en virtud de la finalidad social que deben perseguir los servicios públicos que la tasa de interés moratorio que se cobre a los usuarios de los inmuebles residenciales “*debe ser lo menos gravosa posible*”<sup>78</sup>, sin embargo, como se expuso –supra párr. 16.1.3 a 16.1.6-, en la cláusula trigésima segunda del contrato uniforme de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica, con fundamento en el cual la sociedad accionada prestaba el servicio para el 11 de septiembre de 2003 –supra párr. 12.4-, esta última fijó una tasa de interés que no sólo no tuvo en cuenta la situación particular de los usuarios de los inmuebles residenciales, esto es, desconoció la finalidad social que, de acuerdo con las consideraciones de la Corte Constitucional, debía perseguir el servicio de energía eléctrica prestado, sino que, además, vació de contenido la decisión proferida por la Corte Constitucional en cuanto declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 142 de 1994 condicionada a que los intereses moratorios cobrados a estos usuarios fueran inferiores a los establecidos por el Código de Comercio pues, bajo la apariencia de conformarse a lo decidido por dicha Corporación, invocando normas del Código Civil, la accionada fijó una tasa de interés moratorio equivalente a la establecida en el Código de Comercio, situación que, con autoridad de cosa juzgada constitucional, la Corte excluyó como compatible con la Constitución Política en lo que tenía que ver con los usuarios residenciales.

---

<sup>78</sup> En palabras de esa Corporación: “*es en los inmuebles de carácter residencial donde la prestación de los servicios públicos domiciliarios debe cumplir plenamente su función social, la sanción que en este caso se imponga a los usuarios ante el incumplimiento de su obligación de pagar por el servicio recibido debe ser lo menos gravosa posible*”.

18.5. Se observa entonces que, al estipular la cláusula señalada, la accionada incurrió en una conducta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación<sup>79</sup>, constituye una típica vulneración de la moralidad administrativa consistente en aplicar o interpretar “*un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento*” y, por lo tanto, la Sala amparará también este derecho colectivo.

#### **IV.4. El amparo otorgado**

19. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, “*la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible*”, la Sala considera que, en este caso, la manera de garantizar los derechos colectivos cuya vulneración se constató consiste en: i) dejar sin efectos la cláusula trigésima segunda del contrato uniforme de distribución y/o comercialización de energía eléctrica mediante el cual Electrocosta S.A. se obligaba a prestar el servicio público de energía a sus usuarios, allegado al presente proceso, en cuanto se aplicó a usuarios residenciales de dicho servicio, respecto de los cuales los únicos intereses moratorios que podían cobrarse eran los que resultaban de aplicar la tasa del 6% anual de los intereses legales a los que hace referencia el Código Civil<sup>80</sup>; y ii) ordenar a la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P. que, si no lo ha hecho, modifique el contenido de dicha cláusula en el sentido que viene de ser indicado.

20. Tal como lo permite el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se dispone la conformación de un **comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia**

---

<sup>79</sup> Sección Tercera, sentencia de 22 de agosto de 2007, exp. 68001231500020030022801, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>80</sup> Medida que de ninguna manera pueda asimilarse a la declaratoria de nulidad de la cláusula por cuanto esta última no sólo no desaparece del ordenamiento jurídico, sino que es plenamente eficaz en relación con los usuarios no residenciales del servicio público de energía.

con la participación del juez, las partes, la entidad pública, encargada de velar por el derecho o interés colectivo y el Ministerio Público.

20.1. Siendo así, el Comité estará integrado por i) un magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar designado para el efecto por la Sala Plena de dicho Tribunal; ii) el actor; iii) la persona designada por el representante legal de la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P.; iv) un representante de la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG; y v), un representante de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

21. En lo que concierne al **incentivo** concedido al actor popular en primera instancia y objeto de impugnación por la entidad apelante, la Sala considera que, en virtud de lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013<sup>81</sup>, no es posible reconocerlo por haber sido derogado por la Ley 1425 de 2010 “*Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y [de] Grupo*” y, en consecuencia, se revocará el otorgado por el *a quo* y, en su lugar, se denegará.

## V. Costas

22. De conformidad con las disposiciones del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, “[e]l juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas”, acorde con las cuales “*se condenará... a la parte vencida en el proceso*”, en proporción al interés que les asista a los integrantes, por las costas de ambas instancias, cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior. Asimismo, conforme con las disposiciones del artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, “[l]a condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma

---

<sup>81</sup> Exp. 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Es de anotar que el ponente de la presente sentencia salvó el voto en dicha decisión por no estar de acuerdo, entre otros aspectos, con el objeto de la unificación, esto es, “*la derogatoria del incentivo económico en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, así como en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425*” (resaltado del original).

*providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación”.*

22.1. Siendo así, se condenará a la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P., accionada en este proceso, al pago de las costas, que serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, en proporción de 50% respectivamente. Se fija en 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la liquidación, las agencias en derecho, atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y considerando que se trata de un asunto sin cuantía.

23. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**REVOCAR** la sentencia de 20 de octubre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, dispone:

**PRIMERO. AMPARAR** los derechos colectivos de los consumidores y usuarios residenciales de los servicios públicos domiciliarios y a la moralidad administrativa vulnerados por lo estipulado por la accionada en el contrato uniforme de distribución y/o comercialización de energía eléctrica allegado a este proceso.

**SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS** la cláusula trigésima segunda del contrato uniforme de distribución y/o comercialización de energía eléctrica mediante el cual Electrocosta S.A. se obligaba a prestar el servicio público de energía a sus usuarios, allegado al presente proceso, en cuanto se aplicó a usuarios residenciales de dicho servicio, respecto de los cuales los únicos intereses moratorios que podían cobrarse eran los que resultaban de aplicar la tasa del 6% anual de los intereses legales a los que hace referencia el Código Civil.

**TERCERO. ORDENAR** a la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P., accionada en este proceso, que, si no lo ha hecho, modifique la cláusula relacionada con el cobro de intereses moratorios contenida en el contrato uniforme de distribución y/o comercialización de energía eléctrica mediante el cual Electrocosta S.A. se obligaba a prestar el servicio público de energía a sus usuarios, en el sentido de establecer que la tasa aplicable a los usuarios residenciales será la del 6% anual, correspondiente a los intereses legales a los que se refiere el artículo 1617 del Código Civil, tal como se desprende de lo dispuesto por la Corte Constitucionalidad en la sentencia C-389 de 2002.

**CUARTO. CONFORMAR** un Comité integrado por un magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, el actor, un representante de la sociedad Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P., uno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG y uno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que verifique el cumplimiento de la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva.

**QUINTO. CONDENAR** en costas a la Electrificadora del Caribe S.A. ESP-Electrocaribe, sociedad que absorbió mediante fusión a la Electrocosta S.A. E.S.P., accionada en este proceso, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

**SEXTO. REMITIR** copia de la demanda, del auto admisorio y del fallo definitivo al Defensor del Pueblo de Cartagena, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 472 de 1998.

**SÉPTIMO. DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta de la Sala

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado