

# Los contratos de las empresas de servicios públicos

Arnaldo Mendoza Torres\*

## Resumen

*El régimen de los servicios públicos en Colombia, y especialmente los domiciliarios, presenta serias contradicciones, en la medida en que, por una parte, su prestación eficiente constituye un fin esencial del Estado pero, por otra, la ley somete su prestación, en forma general, a las normas del derecho privado. Esta tendencia va en contravía de los desarrollos normativos en Europa, los cuales, en virtud de la unión, han reafirmado el carácter público de la prestación de este tipo de servicios.*

**Palabra clave:** Servicios domiciliarios.

## Abstract

*The public services regulations in Colombia and specially the domiciliary ones present serious contradictions, in so far as, in one hand their efficient service is an essential purpose of the State and in the other hand law subordinates the service, in general, to private law. This tendency is opposite to the normative developments in Europe, in which, do to the union, they have reaffirmed the public character of this kind of services.*

**Key word:** Domiciliary services.

Fecha de recepción: 16 de junio de 1998

La Constitución de 1991 estableció en su artículo 365 que los servicios públicos constituyen una actividad inherente a la finalidad social del Estado, y señaló como deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

El inciso segundo del mismo

\*Abogado. Profesor de Contratación Estatal de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. (Dirección: Uninorte, Km 5 vía a Puerto Colombia, Barranquilla, Col.)

artículo citado señaló que "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. 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."*

Por su parte, el artículo 367 de la Carta se refiere concretamente a los servicios públicos domiciliarios, en los siguientes términos: *"La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas."*

Como puede verse, la disposición constitucional del artículo 365 hace referencia a la totalidad de los servicios públicos y no simplemente a los llamados servicios públicos domiciliarios, los cuales se mencionan en el artículo 367 citado. No obstante lo anterior, es claro también que aun cuando el inciso segundo del artículo 365 estableció la posibilidad de que los servicios públicos fuesen prestados por el Estado o por particulares y que el deber del Estado radica en asegurar su prestación eficiente, mas no en su prestación directa, otras disposiciones de la Carta señalaron

que, por lo menos como regla general, el Estado estará a cargo de ciertos servicios públicos, como por ejemplo el de seguridad social (art. 48), la salud y el saneamiento básico (art. 49), la educación (art. 67), entre otros, los cuales sólo excepcionalmente y por mandato legal estarán en algunos casos, así sea en forma transitoria, en manos de los particulares.

Casi siempre la determinación de que los servicios públicos a cargo del Estado se presten por parte de los particulares obedece a problemas de cobertura, es decir, a aquellos casos en que el Estado no es capaz de prestar el servicio a toda la comunidad.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la reglamentación y al desarrollo de la disposición constitucional, es claro que dentro de los múltiples servicios públicos de que habla la doctrina y las varias clasificaciones que de ellos se hace, en Colombia ha recibido particular impulso el tema de los servicios públicos domiciliarios, desarrollados principalmente por la ley 142 de 1994, así como por disposiciones reglamentarias de esa ley y otras que reglamentan aspectos específicos de algunos servicios públicos en particular, como es el caso de las telecomunicaciones y de la energía eléctrica, entre otros.

Al establecer la forma de prestación de los servicios públicos domiciliarios, el legislador consideró prudente que no fuese cualquier tipo de

particular o de comunidad organizada el que pudiese acceder a su prestación, y por ello en el artículo 15° de la ley 142 señala en forma taxativa quiénes pueden prestarlos:

- Las empresas de servicios públicos.
- Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.
- Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos conforme a lo dispuesto en la ley.
- Las organizaciones autorizadas conforme a la ley para prestar servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.
- Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la ley, y
- Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la ley 142 estén prestando cualesquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la ley 142.

El artículo 17 de la ley 142, al establecer la naturaleza de las empresas de servicios públicos, las clasifica como *"sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley"*. Por su parte, el parágrafo mencionado estableció que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no desearan que su capital estuviese representado en acciones, podrían adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. No obstante lo anterior, el artículo 2° de la Ley 286 de 1996 señaló, sin lugar a duda alguna, que las entidades descentralizadas y demás entidades que a la fecha de la vigencia de la ley estuviesen prestando servicios públicos, debían transformarse en empresas de servicios públicos en un plazo de 18 meses, contados a partir de la vigencia de la ley.

Se creó, de esta manera, un nuevo tipo de empresa: la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO, cuyas características están definidas en el capítulo I del Título I de la ley 142 de 1994 y que, aun cuando conserva las características generales de las sociedades comerciales, difiere de ellas en algunos aspectos señalados concretamente en el artículo 19, tales como el régimen aplicable a los aumentos de capital, el pago del capital autorizado, el avalúo de los aportes en especie, las causales de disolución y de liquidación, etc.

Por regla general, se estableció que estas empresas se registrarían, en

todos los aspectos relacionados con su creación y con su funcionamiento, por las normas del derecho privado, sin atender a la composición de su capital, es decir que aun cuando, de acuerdo con la composición de su capital social, fuesen, por ejemplo, sociedades de economía mixta, o estuviesen sometidas, de conformidad con las disposiciones de carácter general, al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, las normas relacionadas con su constitución, funcionamiento y liquidación serían las del derecho privado. Como consecuencia de lo anterior, el régimen jurídico especial establecido en la ley se hizo extensivo a todo tipo de empresas de servicios públicos, de carácter privado, mixto u oficial.

Como quiera que al momento de promulgarse la Ley 142 y durante los años subsiguientes la gran mayoría de empresas prestadoras de servicio público, organizadas como tales o no, eran de carácter oficial, surgió la discusión sobre si los actos de tales empresas debían ceñirse a las normas del derecho público o del derecho privado, por cuanto además se argumenta que los servicios públicos domiciliarios tienen una especial connotación, cuya prestación no deja de constituir una función administrativa no obstante que no constituya en forma general una función estatal.

Evidentemente, la discusión sobre el tema surge de la circunstancia de considerar que toda actividad

administrativa es de carácter público y debe estar, en consecuencia, sometida a las normas del derecho público. Esta consideración no es otra cosa que un rezago de las teorías publicistas, que aceptan a regañadientes la posibilidad de que los particulares puedan realizar ciertas actividades que realizaba de manera exclusiva el Estado, y que se asombran de que éstas puedan seguir siendo administrativas no obstante ser desarrolladas por particulares y sometidas al derecho privado. Y lo que resulta más interesante es que, como quiera que el régimen aplicable tiene relación con la naturaleza de la actividad y no con el carácter jurídico de quien la realiza, la circunstancia de que el ente sea público, privado o mixto resulta absolutamente irrelevante para los efectos de determinar el régimen aplicable.

Pero la discusión anterior quedó, a nuestro juicio, definitivamente zanjada, por cuanto el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 estableció que: *"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 socios de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado."* (Las negrillas no son del texto).

Como puede observarse de la disposición transcrita, la aplicación

de las normas del derecho público son de carácter excepcional, y de ello no cabe duda alguna, pues la referencia de la norma a la aplicación de las reglas del derecho privado es "exclusiva", a menos que la Constitución y la propia ley 142 dispongan "expresamente" lo contrario. Es decir que no pueden hacerse interpretaciones sobre la circunstancia de que se apliquen o no disposiciones del derecho público, pues la remisión a las normas del derecho privado es total y las excepciones deben estar expresamente consagradas en la Carta Política o en la misma ley de servicios públicos.

Debemos entonces reiterar que el cumplimiento de ciertas funciones administrativas ha derivado en lo que Brewer Carías y Garrido Falla estudian como actividades regidas en forma preponderante por el derecho público o por el derecho privado, sin que por ello, y sin atender a la calidad de quien la ejerza, dejen de ser actividades administrativas. Así las cosas, las empresas de servicios públicos, regidas por disposición legal por las normas del derecho privado, desarrollan también funciones de carácter público, o como anota Silva Simma<sup>1</sup>, "cometidos estatales," los cuales tienen un régimen preponderante de derecho público. Así, todas las relaciones del prestador de servicios públicos con

el usuario, el contrato de términos uniformes que celebra con él, el régimen de sanciones, los reclamos, etc., están sometidos a las normas del derecho público. En tal sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

*... b) Porque las empresas de servicios públicos, fuera de expedir actos privados pueden expedir también actos administrativos, así sean particulares y como son los enunciados en el inc. 1° del art. 154 de la misma ley.*

*En este orden de ideas, se anota:*

*1-. Que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (art. 32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1° del art. 154, que serán materialmente actos administrativos, susceptibles de los recursos de reposición ante la persona o entidad que los dicta (sea pública o privada) y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la cual, para estos efectos, tal como lo señaló también la Corte Constitucional, es superior jerárquico desde el punto de vista funcional, que no orgánico, de todas las empresas, así sean éstas privadas o particulares.<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> SILVA SIMMA, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comprado*, tomo V. Chile, Editorial Jurídica, 1995.

<sup>2</sup> H. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente No. S-701-CONTRACTUAL. Actor: Diego Giraldo Londoño. Demandada: Telehuila.

Con claridad se nota entonces que cuando se trate del cumplimiento de funciones administrativas, los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por las disposiciones del derecho público, y que cuando se trate de aspectos que tengan que ver con el manejo comercial o industrial de su actividad, en el que, aun cuando tenga relación directa o indirecta la prestación del servicio, no se estén ejerciendo funciones o cometidos estatales propiamente dichos, las empresas de servicios públicos se rigen por las normas del derecho privado.

Concluir de lo anterior que las disposiciones de los contratos que celebran las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, resulta entonces obvio, no solamente por el hecho incuestionable de que el contrato es un acto jurídico, sino por la circunstancia adicional de que la misma ley plantea algunas excepciones a la aplicación de las normas del derecho privado en materia contractual. En efecto, el artículo 44.4 de la ley 142 señala: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes."*

He aquí una excepción expresa a la disposición del artículo 35 antes citada, que refuerza el concepto de la aplicación preferencial de las

normas de derecho privado en los contratos de las empresas de servicios públicos, por cuanto la aplicación de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades no es tampoco general, sino sólo en cuanto sea pertinente a la naturaleza y objeto del contrato la aplicación de una cualquiera de las inhabilidades e incompatibilidades.

Puede además concluirse entonces que la disposición es de tal manera clara que, como se advirtió antes, eximió de las disposiciones del derecho público no sólo a las empresas de carácter privado (que bien pudieron quedar sometidas a normas de derecho público, como de hecho lo están en algunos casos, por la sola circunstancia de ejercer una función administrativa), sino también a las de derecho público, con lo cual se creó un verdadero régimen excepcional para las empresas de derecho público, también en materia de contratos.

Por su parte, el artículo 31 de la tantas veces citada ley de servicios públicos establece: *"Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa."*

Esta última disposición, que indudablemente tiene una redacción

que alienta a pensar lo contrario de lo que realmente dispone, no hace sino reafirmar la aplicación de las normas del derecho privado en los contratos a que nos referimos.

En efecto, el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dice: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."*

Aplicada esta disposición a las empresas de servicios públicos en cumplimiento de lo que expresamente ordena el artículo 31, tenemos que cuando las empresas estatales encargadas de la prestación de los servicios públicos celebren contratos relacionados con la prestación del servicio a su cargo, tales contratos no estarán sometidos a las disposiciones de la ley 80 de 1993, sino a las especiales de la ley 142 de 1994, la cual, como acabamos de ver, remite los susodichos contratos a las disposiciones del derecho privado. No se trata aquí del contrato de servicio público propiamente dicho (el contrato al que nos referimos antes como contrato de condiciones uniformes, que la empresa de servicios públicos celebra con cada uno de sus usua-

rios), sino de los relacionados con la prestación del servicio, es decir, aquellos que resultan necesarios para que la empresa de servicios públicos pueda prestar el servicio a que se contrae su objeto social.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> "El legislador de 1993, mediante la ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado; y cuyas controversias se debían ventilar siempre, como se dijo, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluidos sus procesos de ejecución. Así, por lo demás, también la Corte Constitucional dejó sentada su jurisprudencia al respecto:

*"Así las cosas es entonces la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de resolver las controversias de todo orden que surjan de la relación contractual en la que sea parte una entidad del Estado, como también de los "procesos de ejecución" (...). Analizadas las competencias que específicamente la Carta radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, no encuentra que se refiere el conocimiento de los procesos ejecutivos en los contratos estatales; por consiguiente, bien podía el legislador sin contrariar la Constitución asignarla a la jurisdicción citada que es la encargada de dirimir los litigios en que es parte la administración".* (Agosto 22 de 1996. Exp. D.1145, M.P.: Dr. Gaviria Díaz).

Sin embargo, la mencionada ley 80 consagra excepciones a este respecto, ya que se dan ciertos asuntos contractuales en los que, pese a ser parte el Estado, escapan a la órbita de la jurisdicción administrativa y entran en el campo de la ordinaria.

En este sentido, el párrafo 1º del art. 32 de la ley 80 dispone que *"los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."*

Es decir, que los contratos que celebren las citadas personas no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo al forma de establecimientos

Ahora bien, vale la pena estudiar también si en aquellos casos en que la ley claramente remite a las disposiciones del derecho privado, la celebración de un contrato o la solución de las controversias que surjan de él estarán sometidas también al derecho privado, al igual que aquellos actos preparatorios del contrato, como son el proceso de selección del contratista y la adjudicación misma del contrato.

No parecería lógico que los actos de formación de la voluntad contractual estuviesen sometidos a normas distintas de las que posteriormente regularán las relaciones que surgen entre las partes como consecuencia de la celebración del contrato, pues evidentemente las reglas y condiciones que se adoptan por las partes en la etapa precontractual tienen consecuencias importantes en la etapa contractual, y resultaría, por ello, contrario al derecho que unas y otras fueran incompatibles en su aplicación posterior a una misma relación contractual.

---

de crédito, compañías de seguros o de entidad financiera y siempre y cuando que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o de seguros, como por ejemplo el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflicto originados en contratos propios de esas actividades." (H. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente No. S-701-CONTRACTUAL. Actor: Diego Giraldo Londoño. Demandada: Telehuila).

Por ello es lógico concluir que si el contrato que se pretende celebrar estará sometido a las normas del derecho privado, de igual forma lo estarán los actos preparatorios de la voluntad contractual, como podrían ser el de selección del contratista, solicitud de oferta comercial, etc., y así mismo, si se trata de un contrato, excepcionalmente sometido a las normas del derecho público, a este mismo régimen se someterá todo el trámite precontractual.

Sobre este particular, concluye así el H. Consejo de Estado en la sentencia antes citada:

*Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado por los arts. 128 y siguientes de la Ley 142, están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción ordinaria. Que, en cambio, el de servicios públicos mencionado, que crea entre las partes una relación de derecho público (contrato empresa-usuario para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas - art. 14.21), está sujeto reglamentariamente, en principio, a la ley 142 y a otras normas de derecho público, además de estar sometido al derecho privado, ya que presenta un doble régimen o, mejor, un régimen mixto o especial: de un lado, la parte contractual propiamente dicha, regida,*



en principio, por las reglas de la contratación privada; y de otro, la parte reglamentaria del derecho público, impuesta por la ley y los reglamentos del servicio, de obligatorio acatamiento. Régimen especial que muestra, como sucede con los contratos estatales, que los aludidos contratos tampoco pueden confundirse o asimilarse con el derecho privado, en el cual rigen con todo su rigor los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y la libre discusión de sus derechos y obligaciones, que aparecen seriamente atenuados en aquéllos.

(...) En conclusión:

a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos susceptibles de recursos y de acciones contenciosas administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan la suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art. 154, inc. 1º). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts. 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por im-

posición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31, inc. 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art. 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art. 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Como puede verse de la opinión de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, las empresas de servicios públicos, independiente de su régimen jurídico, están sometidas a un régimen de derecho privado y de derecho público. En el primer caso, sus actos son del conocimiento de la jurisdicción contenciosa; en el segundo, de la ordinaria. Y cuando nos referimos a los "actos" estamos hablando de los contractuales y de los precontractuales, pues en este caso resulta absurda la división de régimen aplicable a lo que en últimas es una sola cosa, el contrato, que atraviesa por etapas previas, concomitantes y posteriores a su ejecución propiamente dicha, aplicándosele en

todos los casos un mismo régimen jurídico.

Nótese además que el artículo 39 de la Ley 142, al autorizar para las empresas de servicios públicos la celebración de contratos especiales, lo hace simplemente para reafirmar el carácter excepcional del régimen contractual de estas empresas, pues no tendría sentido que ellas requiriesen autorización legal especial para celebrar contrato. No obstante, la disposición resulta en varios casos redundante, en cuanto que las disposiciones aplicables a los contratos que se enuncian resultan de la vigencia de otras disposiciones. En efecto, el contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, a que se refiere el artículo 39.1., se somete a las normas del derecho público, por las especiales disposiciones que rigen estos contratos. Nos estamos refiriendo concretamente a los contratos de concesión para el uso de aguas en los sistemas de acueducto o en las centrales hidroeléctricas; a los contratos que contienen autorización para el vertimiento de aguas servidas en los sistemas de alcantarillado; a los contratos de explotación y transporte de hidrocarburos, etc. El contrato mediante el cual se regula el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de un servicio, a que se refiere el artículo 39.4, y el contrato para la extensión del servicio a una sola persona para su beneficio, a que se refiere el artículo 39.5, son con-

tratos que, por la excepción general contemplada en las disposiciones del Capítulo II de la ley 142, se rigen por las normas del derecho privado.

Ahora bien, en cuanto se refiere la ley a los contratos de administración profesional de las acciones de una empresa de servicios públicos, mencionado en el artículo 39.2, y los contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente para la prestación del servicio público, sí resultan claramente una excepción importante, por cuanto no son contratos que se celebren con o por empresas de servicios públicos, sino que se trata de contratos que las entidades públicas celebran para la adecuada constitución o administración de una empresa de servicios públicos, por lo cual, en estricto rigor, la autorización no cabe para las empresas de servicios públicos sino para el fomento o facilitación de su constitución o administración.

Por considerarlo de suma importancia, me permito transcribir a continuación apartes de la presentación que hace Vicente López-Ibor Mayor del libro *LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS LLAMADOS SECTORES EXCLUIDOS. Agua, Energía. Transporte, Telecomunicaciones* (Editorial Civitas), en el cual se hace una semblanza del manejo del tema ante una realidad jurídica que no es nueva para los europeos, pero que en nuestro país todavía tiene todos los ingredientes

de un sueño lejano: La Unión.

*La publicación de un vademécum sobre los contratos públicos de la Comunidad Europea puso de relieve la voluntad política de la Comisión por subrayar y definir este proceso de apertura que, según se señala en el citado documento, "es una de las condiciones esenciales para la realización del mercado único en 1992". El coste de la no Europa, según reconoció el Informe, así titulado, de Paolo Cechinni, representa del orden de 120 billones de ecus cada año, es decir, aproximadamente tres veces el presupuesto anual de la Comunidad Europea. Las estimaciones brutas para el año 1987 cifraban el valor de las compras públicas en 595.000 millones de ecus, es decir, el equivalente al 15 por 100 del PIB europeo.*

*A pesar del volumen de estas transacciones, la Comisión había estimado en sus estudios que la parte de los contratos públicos europeos atribuidos a las empresas de otros países comunitarios, es decir, la tasa de penetración intercomunitaria en este mercado, ofrecía tan sólo un promedio del 2 por 100. El desafío era, por tanto, evidente: crear los mecanismos necesarios para facilitar la transparencia del lado de la oferta, que hicieran posible una mayor concurrencia que presionara al alza la calidad y a la baja los precios, en este trascendental mercado de las adjudicaciones de contratos públicos.*

*La mayor competencia buscada en esta esfera no queda sólo reservada al sector de las Administraciones públicas, sino que la autoridad comunitaria anuncia ya en un primer momento que será necesario abrir también la contratación de los grandes sectores industriales, excepcionados inicialmente de la citada apertura por concitarse en el mismo entidades o empresas europeas concesionarias o titulares de derechos especiales o exclusivos tanto públicas como privadas. Heterogeneidad de régimen jurídico apreciada en cuatro grandes sectores: agua, energía, transporte y telecomunicaciones, que motivó que su regulación no se integrara inicialmente en aquélla.*

*Así pues, importantes entidades, organismos o empresas de la Unión Europea que gestionan servicios públicos o gozan de derechos especiales o exclusivos, se deberán sujetar en el futuro inmediato, o se sujetan ya en la mayoría de los Estados de la Unión, a procedimientos de contratación, análogos en numerosos aspectos a los seguidos por los entes públicos, cuando sus contratos o adjudicaciones sobrepasen determinados umbrales o cuantías económicas. Procedimientos contractuales destinados a garantizar, entre otras cuestiones, una adecuada o, al menos, mayor publicidad y transparencia de los contratos; la utilización de un régimen tasado de procedimientos que incorporen criterios de selección y adjudicación; un nuevo sistema de garantías jurisdiccionales que garan-*

ticen la verificación de cumplimiento de las normas comunitarias nacionales en materia de contratación, y que abarcan desde la posibilidad de la utilización de recursos ante los Tribunales, hasta el empleo de otros sistemas de control próximos a las técnicas tradicionales de auditoría.

No cabe duda, pues, que la decisión de abrir a la competencia a estas entidades que en su amplísima mayor parte contratan sus obras, suministros o servicios con plena libertad, y sujetándose sólo al imperativo de las normas civiles y mercantiles establecidas en cada Estado miembro, tiene efectos de una significación extraordinaria.

Por todo ello, a principios de los noventa se extiende el citado régimen contractual a los llamados "sectores excluidos del sistema general." Así las Directivas actualmente aprobadas en el ámbito de los sectores excluidos son: la 901531, de 17 de septiembre, que regula los contratos de obras y suministros, y la 93138, verdadero texto actual de referencia, dado que completa la regulación de los contratos antes citados, añadiendo los servicios, y concretando así una suerte de codificación de este régimen jurídico. Régimen que completa la Directiva 92113, de 25 de febrero, en materia de recursos.

Contratación pública o regulada será ya, desde entonces, el nombre que reciben los contratos de ejecución de obras, de suministro de bienes o

prestación de servicios, que celebren las entidades públicas, así como quienes actúen en los sectores de la energía, agua, transportes, telecomunicaciones. Esta extensión de las nuevas formas de contratación administrativa a los sectores excluidos (o regulados) implica prácticamente que todos los contratos superiores a cinco millones de ecus en el caso de obras y 400.000 en suministros y servicios, que celebren las empresas (públicas o privadas) o poderes públicos residentes en estos sectores, deberán ser anunciados en el Diario Oficial de la Comunidad, a fin de iniciar un proceso, inspirado en los principios de transparencia y no discriminación, que culminará con la adjudicación del contrato.

Como consecuencia de la transposición de la primera de las normas promulgadas en este ámbito, la Directiva 901531, a los ordenamientos jurídicos nacionales, importantes organismos y empresas de la Comunidad deben someter sus contrataciones a un nuevo entramado de reglas jurídicas y un nuevo enfoque en sus prácticas contractuales.

Esta regulación de la contratación en los sectores excluidos implica, sin duda, un indudable freno a la conocida problemática relativa a la denominada "huida del Derecho Administrativo" por parte de las Administraciones públicas, en la medida en que se acude a la implantación de parámetros materiales y no formales cuya apreciación puede operar más

objetivamente a la hora de determinar la aplicación de un régimen "público". Esto supone, para el caso de la contratación en los sectores que ahora nos ocupan, que debe atenderse a la naturaleza de la actividad y, por supuesto, al control —por vía financiera o cualquier otro medio— de los poderes públicos.

Teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las Directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con las mismas. Por eso, es necesario interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante vías indirectas o colaterales se eluda el cumplimiento de las Directivas en cuestión. Esto es lo que ha motivado al TJCE a interpretar las Directivas de acuerdo a sus objetivos, huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigoristas. Al respecto pueden consultarse las SSTJCE de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990 o 24 de abril de 1991, de las que se deduce que el objetivo final es que el Tratado de la Comunidad Europea y, por tanto, los principios de un mercado único y no discriminatorio, se cumplan realmente.

En consecuencia, si bien la normativa comunitaria puede presentar cierta indefinición, ello no implica plena libertad de actuación para los Estados miembros habida cuenta de que, en cuanto noción de Derecho

comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los Estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en cada disposición.

Por todo ello, y teniendo en cuenta además que el Reino de España estaba obligado a transponer a partir del 1 de enero de 1996 este nuevo régimen de contratación pública en los citados sectores excluidos, nos ha parecido especialmente pertinente tratar de describir, analizar e interpretar en lo posible los capítulos y temas más sobresalientes que definen este nuevo régimen o marco jurídico de la contratación.

Las conclusiones jurídico-políticas que pueden derivarse de la simple enunciación de la situación que se cita son variadas y muy complejas; no corresponden, por ello, a un comentario de estas proporciones adentrarse en su análisis, pero simplemente baste señalar que las tesis privatistas que América Latina ha venido adoptando, muchas veces sin estudiar con detenimiento su real utilidad, podrían resultar contrarias al viejo sueño bolivariano y que, como siempre, nuestra manía de copiar la "penúltima moda," nos coloca, hoy como ayer, ante el problema de la coexistencia de pensamientos y normas contradictorias.