

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Arauca, (A), 07 de marzo de 2023

Radicado : 81-001-33-33-002-2019-00198-00
Medio de Control : Reparación Directa
Demandante : Gerson Mauricio Montana
Demandado : EMMAR S.A. E.S.P.
Providencia : Auto resuelve excepción previa y declara falta de jurisdicción.
Consecutivo : 00283

Antecedentes

Con la entrada en vigencia del artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, las excepciones previas serán resueltas con posterioridad a su traslado mediante auto; así como también serán decididas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. De resultar prósperas alguna de estas últimas, la decisión se adoptará mediante sentencia anticipada.

En tal sentido, en este caso ya se surtió el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada con la contestación de la demanda y la parte demandante guardó silencio al respecto

Consideraciones

-La entidad demandada interpuso la excepción previa de falta de jurisdicción y la sustentó en que *“conforme al registro mercantil que se aporta, la Empresa*

de Aseo de Arauca EMAAR S.A. E.S.P es una sociedad anónima cuyo capital social y accionistas está compuesto por particulares, es decir, no constituye una entidad pública de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 104 de la ley 1437 de 2011”.

La excepción de falta de jurisdicción o de competencia está catalogada como excepción previa y se encuentra contenida en el numeral 1 del artículo 100 de la Ley 1564 de 2012.

Para resolver se tiene en cuenta que, la demanda fue radicada el 25 de abril de 2019, por hechos ocurridos el 14 de febrero de 2017 en donde el demandante siendo trabajador de EMMAR S.A resultó lesionado por un carro compactador de su propiedad. En ese entendido, la Ley 1437 de 2011 sobre temas de competencia de lo contencioso administrativo prescribe:

ARTÍCULO 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

En el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 se establece que los litigios y controversias que le competen a la jurisdicción contencioso-administrativa son aquellos en los que estén involucradas las **entidades públicas**, o **los particulares cuando ejerzan función administrativa**.

La empresa EMMAR S.A. E.P.S, de acuerdo a las pruebas aportadas por la misma en la contestación de demanda, visibles en el expediente digital como: “08ContestaciónDemanda” fl. 10, *Certificado De Composición Accionaria*, fls. 11 al 25: *Certificado de Existencia Y Representación Legal* expedido por la Cámara de Comercio de Arauca, fls. 26 al 6: *Contrato De Operación Especializada*, es una empresa privada. Por consiguiente, los litigios en los que se vea involucrada no son susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, a menos que ejerza función administrativa, es decir, que el daño provenga del ejercicio de esta función por parte de EMAAR. Lo cual encajaría en el primer inciso del art. 104 transcrito anteriormente.

Breves consideraciones frente a los conceptos de función administrativa y servicios públicos.

Brevemente se hará referencia a la distinción entre función administrativa y servicios públicos, según la tesis vigente y mayoritaria de la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, con el fin de determinar si el daño por el cual se reclama es producto del ejercicio de función administrativa, en virtud a que EMAAR es una empresa privada prestadora del servicio público de aseo en el municipio de Arauca.

La función administrativa y el concepto de servicio público no es un tema suficientemente diáfano. En ocasiones se han tratado como sinónimos, en otras se les ha distinguido conceptualmente. No conviene en este momento hacer un desarrollo pormenorizado en la materia. Pero sí corresponde que el despacho asuma una postura frente al tema, dado que ello determinará la jurisdicción que conocerá del tema.

La tesis mayoritaria y vigente sobre este tópico es que, se tratan de dos conceptos distintos. La prestación de servicios públicos a partir de la Constitución de 1991 ha sido entendida como una actividad económica vinculada con una finalidad social, en la medida que son prestaciones a los particulares, pero pese a ello, se ejerce en condiciones de igualdad bajo un mismo régimen jurídico común, que es el derecho privado. Ello quiere decir que, bajo el art. 365 de la Constitución Política de Colombia, tanto particulares, como el Estado pueden ser prestadores de servicios públicos en un mercado de libre competencia.

En tanto la función administrativa, como especie de función pública que es, se refiere más al ejercicio de autoridad o prerrogativas de las entidades públicas, que se materializa, por excelencia, a través de la expedición de actos administrativos y reglamentos que permean casi todas las órbitas de acción del Estado. Véase, por ejemplo: la ejecución de obligaciones a favor del Estado a través del cobro coactivo, la aplicación de la sanción de caducidad de un contrato estatal, su interpretación o terminación unilateral, el ejercicio de remoción de cargos públicos, imposición de multas a contratistas, liquidación de impuestos, etc., son adoptados a través de actos administrativos. Ninguna de las cuales es inherente o consecuente con la prestación propiamente de servicios públicos a los particulares.

Las anteriores premisas se sustentan en providencias tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en sentencia C-037 de 2003 la Corte señaló puntualmente:

“(…) no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares [50]. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado[51].

Debe recordarse así mismo que, como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina [52] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público[53].

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).”

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2004¹ en esa misma línea adujo que:

“El 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; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.”

1 Sección Tercera, Acción Popular con radicado no. 50001-23-31-000-2003-00020-01 Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo.

Tales posturas fueron acogidas por la Corte Constitucional en sentencia C-185 de 2019, en la cual reiteró la distinción entre función administrativa y prestación de servicios públicos así:

“(…) se puede concluir que la Constitución y el legislador han definido que la prestación de los servicios públicos no conlleva, en principio, el ejercicio de una función pública. Esta distinción se soporta no solo en la separación formal que sobre su régimen se realiza (...), sino también en el hecho de que la prestación de los servicios públicos se modificó con la Carta de 1991, con un esquema de liberalización, en el que su ejecución puede quedar a cargo del Estado, de comunidades organizadas o de particulares, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad, en los términos en que se defina por el legislador (...)”

Bajo esa óptica, la prestación de servicios públicos no lleva consigo el ejercicio de función administrativa. Esta por definición, estará siempre en cabeza del Estado. Mientras que para que un particular ejerza función administrativa requerirá siempre de habilitación legal, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 2020². Allí afirmó que *" (...) en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho"*.

Si esta habilitación se les otorga a los particulares que sean prestadores de servicios públicos, entonces no habrá duda de que si ejercerán función administrativa. Y, por ende, los conflictos que se generen a partir de esa actividad contractual serán controlable por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Prestación de servicios públicos domiciliarios (ESPD)

² Sección Tercera, sentencia del 03 de septiembre de 2020 Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003) M.P. Alberto Montaña Plata.

En lo que atañe a la prestación de servicios públicos domiciliarios, que es lo que concierne a este caso, cabe mencionar que la ausencia del ejercicio de función administrativa es palpable. Ya se dijo que la prestación por sí misma del servicio, *verbigracia*, de energía eléctrica, acueducto, aseo, etc, no es función administrativa, en tanto puede ser prestada por particulares. No es obligatorio para el Estado ser prestador directo de tales servicios.

Otros rasgos que reafirman esa ausencia del ejercicio de autoridad propio de la función administrativa se pueden ver en materia contractual. En efecto, el art. 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001 prevé que incluso los contratos celebrados por entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se registrarán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, De modo que, con mayor razón a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios de origen privado tampoco las regirá el estatuto de contratación pública.

La excepción a la regla anterior la constituye el uso de cláusulas exorbitantes en los contratos, cuando las Comisiones de Regulación haga su inclusión forzosa, en los términos del inciso segundo del art. 31 de la Ley 142 o cuando por solicitud de una empresa prestadora le autorice a incluirlas.

De la misma manera, el art. 32 de esa normativa preceptúa que 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, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado, en lo no dispuesto en esa Ley. Tampoco hay aquí ninguna prerrogativa estatal.

Lo anterior encuentra correspondencia con cláusula de competencia general establecida en el art. 104 de la Ley 1437 de 2011. Allí se precisa en el num. 3 que la jurisdicción contenciosa administrativa conocerá de los asuntos relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios (tanto de origen estatal como de origen privado) en los cuales se

incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes de que trata el art. 14 de la Ley 80 de 1993.

Los contratos en los que deben pactarse este tipo de cláusulas, por disposición de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la Resolución 943 de 2021 art. 1.4.3.1 son:

“a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con lo previsto en el artículo [40](#) y en el párrafo del artículo [31](#) de la Ley 142 de 1994;

b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos.

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley [80](#) de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;

c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas;

d) En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.”

Como puede verse, los contratos suscritos entre el prestador y el usuario final del servicio de aseo no está incluido dentro de los que son obligatorias las cláusulas excepcionales.

De manera que, si el litigio versa sobre la actividad contractual de la entidad prestadora del servicio público domiciliario, deberá revisarse si el contrato tiene incluidas cláusulas excepcionales o si es de aquellos que, por obligación, deben entenderse incluidas. Si es así, el asunto será de competencia del juez administrativo, porque ciertamente ese tipo de cláusulas son verdadera prerrogativas estatales propias de la función administrativa, con lo que se

cumple con lo dispuesto en el num. 4 del art. 104 de la Ley 1437 de 2011 pero también con la parte final del primer inciso de esa misma norma.

Nótese que, en materia contractual (no precontractual) cuando un interviniente es una Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios (ESPD), sin importar que sea de origen público o privado, pero siempre bajo la égida de que cumpla con la inclusión de cláusulas exorbitantes en sus contratos o que deban incluirse, será del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Pero en materia extracontractual la situación no es la misma. De acuerdo con el num. 1 del art. 104 del CPACA, la jurisdicción contenciosa solo conocerá de aquellas demandas en las que se reclame la responsabilidad extracontractual **contra entidades estatales**, cualquiera que sea su régimen aplicable.

Para este caso, lo que prima es el criterio orgánico, que se trate de una entidad pública. Véase que en ese numeral a diferencia de los numerales 2, 7 e incluso 3 en el entendido que el término “*cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios*” hace referencia a aquellas de origen público y privado; no se incluyó el término “particulares que ejerzan funciones propias del Estado”. Por consiguiente, en casos de responsabilidad extracontractual donde esté involucrada una ESPD de origen privado el art. 104 num. 1 del CPACA no constituye norma de competencia para que los jueces administrativos conozcan de esos casos.

En relación con la última parte del primer inciso del art. 104 del CPACA debe entenderse que hace referencia a que el daño sea producto del ejercicio de la función administrativa. Ese entendimiento se armoniza con el art. 33 de la Ley 142 de 1994, cuando señala que la jurisdicción contenciosa administrativa conocerá de la legalidad de los actos y la **responsabilidad que por acción u omisión en el uso de las prerrogativas que les confiere esa ley y normas anteriores, en relación con el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio.**

Quiere decir lo anterior que, si lo que se reclama, por ejemplo, es un daño causado por la ocupación temporal de un bien inmueble a un particular o por el uso de alguna esas prerrogativas, será competente para conocer del caso un juez administrativo, por disposición del art. 33 de la Ley 142 y el primer inciso del art. 104 de la Ley 1437 de 2011.

Fuera de esos casos, no habría sustento legal para otorgar la competencia a esta jurisdicción de los litigios en donde este involucrada una ESPD de origen privado y un particular.

Falta de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en este asunto.

Trazados los argumentos anteriores se colige en esta oportunidad que no es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer del presente caso. Las razones de ello estriban en que lo que se reclama es un daño consistente en las lesiones físicas sufridas por el señor Gerson Mauricio Montaña, quien siendo trabajador de EMMAR E.S.P, el 14 de febrero de 2017 mientras apoyaba en la recolección de basuras en la ruta Flor de mi Llano fue golpeado con el volco del carro compactador de propiedad de la empresa.

Según se puede constatar, para el momento del accidente, entre el demandante y la empresa EMMAR E.S.P existía un contrato individual de trabajo a término fijo cuyo plazo fue del 23 de diciembre de 2022 al 22 de marzo de 2023 (fl. 141-143 archivo 01 exp digital). En razón de ello, considera el despacho que el asunto debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral y específicamente por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca con fundamento en el num. 1 del art. 2 del C.P.L., en la medida que la indemnización que se depreca deriva de un accidente ocurrido en el marco de un contrato de trabajo. Véase al respecto la sentencia del 27 de mayo de 2020 expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral –Sala de Descongestión No. 1-SL1565-2020 Radicación No. 71613, en donde se reclamaba la

responsabilidad patronal por la muerte de un trabajador ocurrida en un accidente laboral.

Por lo anterior, se declarará probada la excepción previa de “*falta de jurisdicción y competencia*” y se ordenará la remisión del proceso al juzgado competente. Todo lo actuado hasta ahora conservará validez en los términos del art. 16 del C.G.P

En mérito de lo expuesto se

Resuelve

Primero: Declárese probada la excepción previa de “*falta de jurisdicción y competencia*” propuesta por la entidad demandada EMMAR S.A. E.S.P, según lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: Remítase de manera inmediata el expediente, de manera digital y físico al Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, para lo de su competencia.

Tercero: Ordénese por Secretaría realizar las anotaciones pertinentes en el sistema informático SAMAI.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez