

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS BAJO EL NUEVO
MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

GLORIA PATRICIA GIL ARBELÁEZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2006**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS BAJO EL NUEVO
MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

GLORIA PATRICIA GIL ARBELÁEZ

Monografía presentada para optar al título de Abogada

**Asesor: David Suárez Tamayo
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2006**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, noviembre 22 de 2006

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
JUSTIFICACIÓN	15
OBJETIVOS	17
ALCANCES Y LÍMITE	19
1. EVOLUCIÓN Y NOCIÓN CLÁSICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	20
1.1 EVOLUCIÓN DOCTRINARIA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	20
1.1.1 Autores Clásicos	20
1.1.1.1 León Duguit	20
1.1.1.2 Gastón Jéze	23
1.1.1.3 Rolland	24
1.1.1.4 André De Laubadére	25
1.1.1.5 Jean Rivero	26
1.1.1.6 Eduardo García de Enterría	26
1.1.1.7 Miguel Marienhoff	27
1.1.1.8 Alessi	28
1.1.1.9 Juan Jacobo Rousseau	28
1.1.1.10 Maurice Hauriou	28
1.1.1.11 Gaspar Ariño Ortiz	29
1.2 NOCIÓN CLÁSICA DE SERVICIO PÚBLICO	29
1.3 NOCIÓN EN COLOMBIA	31
1.3.1 Disposiciones Normativas	34
1.3.2 Noción en Colombia de Servicio Público Domiciliario	36
1.4 CRISIS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	38
2. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1991	43

2.1 ORIGEN DEL NUEVO MODELO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	43
2.2 DESARROLLO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	46
2.2.1 Conceptos Fundantes del nuevo modelo de Servicios Públicos Domiciliarios	49
2.2.2 Fundamentos constitucionales de los Servicios Públicos Domiciliarios en el nuevo modelo	52
2.2.2.1 Derecho a la Huelga.....	52
2.2.2.2 Intervención en la Economía - Libertad de Competencia.....	52
2.2.2.3 Principio de Cobertura Universal.....	53
2.2.2.4 Principio de Solidaridad.....	53
2.2.2.5 Principio de Eficiencia	53
2.2.2.6 Principio de protección a usuarios.....	54
2.2.2.7 Principio de continuidad y calidad	54
2.3 TENSIONES EXISTENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 EN RELACIÓN CON LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO.....	55
2.3.1 Concepción de los Servicios Públicos Domiciliarios como finalidad social del Estado	56
2.3.2 Concepción de la Liberalización de los Servicios Públicos Domiciliarios	59
2.3.3 Punto Medio entre ambas posturas	60
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS.....	65
3.1 ELEMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	65
3.1.1 Régimen Constitucional	67
3.1.2 Régimen Legal.....	67
3.1.3 Régimen de Políticas Sectoriales	67
3.1.4 Régimen de Regulación.....	68
3.1.5 Régimen de Control, Inspección y Vigilancia.....	70
3.1.6 Régimen Tarifario	71
3.1.7 Régimen Jurídico de la Relación Empresa - Usuario	72

3.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	74
3.2.1 Tipos o modalidades de prestadores	74
3.2.2 Discusión sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas.....	77
3.2.2.1 El tema en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998	77
3.2.2.2 Decisión de la Corte Constitucional frente el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 – Sentencia C/953 de 1999	78
3.2.2.3 Sentencia T – 1212 de 2004	80
3.2.2.4 Posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado.....	81
3.2.2.5 Posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado.....	83
3.2.2.6 Posición de la Corte Constitucional en Auto 113 de 2006.....	87
3.2.2.7 Ratificación y reiteración de la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado.....	87
3.2.2.8 Posición Personal.....	90
3.2.3 Régimen de Actos	91
3.2.4 Régimen de Contratos	93
3.2.5 Régimen Laboral.....	98
3.2.6 Régimen de Responsabilidad Extracontractual	99
3.2.6.1 Tesis del Consejo de Estado.....	99
3.2.6.2 Tesis del Consejo Superior de la Judicatura	104
3.2.7 Jurisdicción Competente.....	107
3.3 NI PÚBLICO NI PRIVADO; MIXTO Y COMPLEMENTARIO	108
4. PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LA REGULACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	113
4.1 LA PARTICIPACIÓN, UN DERECHO CONSTITUCIONAL.....	113
4.2 LOS DERECHOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS.....	117
4.3 PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN LA REGULACIÓN.....	120
4.4 PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN LA GESTIÓN	125

4.5 LA PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN EL CONTROL – LOS COMITÉS DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL.....	127
4.6 OPINIÓN DE DOS VOCALES MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EEPPM	132
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	140
5.1 CONCLUSIONES.....	141
5.1.1 Frente al Régimen Jurídico de las Empresas	141
5.1.2 Frente a la Participación de los Usuarios.....	144
5.2 PROPUESTAS	146
5.2.1 En cuanto al Régimen Jurídico	146
5.2.2 En materia de Participación en la Regulación	146
5.2.3 En materia de Participación en la Gestión	146
5.2.4 En materia de Participación en el Control.....	147
BIBLIOGRAFÍA	149

GLOSARIO

CDCS:	Comités de Desarrollo y Control Social
CONPES:	Consejo Nacional de Planificación Económica Social
CRA:	Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico
CREG:	Comisión de Regulación de Energía y Gas
CRT:	Comité de Regulación de Telecomunicaciones
EICE:	Empresas Industriales y Comerciales del Estado
ESPD:	Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios
SPD:	Servicios Públicos Domiciliarios

INTRODUCCIÓN

Colombia se ha caracterizado por ser una sociedad atravesada por una profunda exclusión social, en marcado contraste con los principios rectores consagrados en la Constitución de 1991, con el agravante de que ésta ha sido mediada por la imposición de intereses egoístas, excluyentes, en detrimento de intereses y propósitos colectivos, delatando la alta vulnerabilidad en que se encuentran muy diversos sectores y en buena medida, la debilidad institucional y la precaria representatividad democrática del Estado.

Lo anterior, sumado a la grave inequidad en la distribución del ingreso y la elevada concentración de la riqueza, las condiciones extremas de pobreza e indigencia que afligen a buena parte de la población, la precariedad del sistema de protección social existente que impide la garantía de derechos sociales no solamente de los grupos desfavorecidos, por ser restringido, excluyente e ineficaz, con serias falencias en términos de cobertura y calidad, y por no regirse por los principios éticos de equidad y solidaridad.

Y aunque el Estado no está llamado a garantizar la plena satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, por lo menos debe asegurar unas condiciones mínimas de justicia material a sus miembros, más aún, en el nuevo marco normativo de un Estado Social de Derecho como el consagrado en la Carta Política de 1991, en donde el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares se presenta como una exigencia perentoria, especialmente cuando una aceptable calidad de vida y las necesidades básicas o vitales de los asociados, dependen necesariamente de la adecuada prestación de los servicios públicos.

En efecto, nuestra Corte Constitucional ha entendido que los servicios públicos domiciliarios deben concebirse como esenciales, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen la razón de existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público.

Es por ello que, cuestionarse bajo el esquema de un Estado Social de Derecho no podría ser de otra forma, dado que, por una parte, la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos (agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte) y, por otra, el Constituyente ha optado por dicha forma estatal para corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso.

Por supuesto, la idea de abarcar el análisis de los servicios públicos domiciliarios a la luz de los presupuestos del Estado Social de Derecho, necesariamente debe cobijar las tensiones entre la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios vs. libertad de empresa y mercado, contempladas en los artículos 1, 333, 334 y 365 de la Constitución.

La concepción fundada en la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios y el Estado Social de Derecho, está basada en los artículos 1°, 2° y 365 de la Constitución, los cuales tienen como presupuestos la confianza ilimitada en la gestión pública, el reconocimiento de la necesidad de su actuación para la protección de los intereses generales, la prestación óptima y la satisfacción de esos intereses colectivos.

Por su parte, la concepción basada en la liberalización de los servicios públicos, encuentra su fundamento en el pensamiento propio del Estado Liberal, caracterizado por la liberalización de la economía, la exclusión de la intervención estatal, la desconfianza en la gestión llevada a cabo por parte del aparato estatal, la protección de los derechos subjetivos individuales y la garantía de su libre ejercicio, ideología que a su vez, se desprende de los artículos 58, 60, 64, 332, 333 y 334 de la Carta.

En consecuencia, resulta pertinente preguntarse sobre cómo sería viable avanzar hacia un Estado Social de Derecho en el caso de un país como Colombia, caracterizado por un ordenamiento económico, político y cultural propicio para la reproducción de la exclusión social, y condicionado por las limitaciones del Estado, para ejercer responsabilidades sociales en un mundo de competencia abierta.

¿Deberá entonces primar la liberalización de los servicios públicos sobre el principio social de intervención estatal? ¿Prevalecerá el interés general y el bien común sobre los derechos de contenido económico?

Ahora bien, no siendo suficiente el planteamiento antepuesto, otro de los grandes problemas que se presenta en este tema, se deriva de la coexistencia de agentes privados y estatales en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; puesto que el rol del Estado bajo este nuevo modelo de servicios públicos precisa una adaptación a las reglas de economía de mercado, circunscrito a las dinámicas de la libre competencia y el libre mercado.

Lo anterior, se origina en la sensación de que tanto los particulares como el sector privado han ido desplazando cada vez más la figura del Estado, hasta el punto de afirmarse por muchos que la naturaleza del marco jurídico en el que se desenvuelve el régimen de los servicios públicos domiciliarios es de Derecho Privado y que la solución de sus conflictos es la Jurisdicción Ordinaria,

generándose así, una supuesta modalidad de la llamada “huida del derecho público”.

No obstante, y anticipándonos un poco a lo que será la conclusión general del presente trabajo, más que tensiones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, lo que se presenta es una superposición de distintos derechos; pues es de enfatizarse la importancia que el Constituyente dio a la participación del sector privado en los servicios públicos domiciliarios. Pero además, no debe perderse de vista que el Estado continúa jugando un rol protagónico como garantizador, regulador y controlador de los mismos.

Debe tenerse presente además, que el Derecho Público obviamente no sólo enmarca a la Constitución Política sino a las leyes que contienen mandatos de orden público, estableciendo un Derecho Legal y Reglamentario, e incluye además lo concerniente a la regulación, fijación de políticas sectoriales, mecanismos de control y fiscalización, y la relación existente entre las empresas y los usuarios. Y aunque el régimen de servicios públicos da una especial preeminencia al Derecho Privado en lo relacionado con el régimen de funcionamiento y gestión de las empresas prestadoras, la hipótesis no será la residualidad del Derecho Público, sino la simultaneidad y complementariedad entre ambos.

Finalmente, y teniendo en cuenta los distintos mecanismos de interacción y participación de los usuarios en el campo de los servicios públicos domiciliarios y sus empresas prestadoras, es objeto igualmente de esta monografía el señalar que los instrumentos de participación de los usuarios en la gestión, regulación, control y fiscalización de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios han sido bastantes tímidos e insuficientes en la Ley 142 de 1994, en relación con lo consagrado en nuestra Carta Política de 1991.

Para lo anterior, partiendo de la noción clásica y evolución de los servicios públicos domiciliarios y pasando por el ámbito constitucional, abordaremos a la luz de la Ley 142 de 1994, los temas de Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios y la participación de los usuarios en la regulación, gestión y control de las empresas prestadoras, cuyas problemáticas se intentarán resolver a través de la exposición del tema.

El primer capítulo se ocupará de la noción clásica de servicio público y la noción en Colombia, hasta el estado de crisis de dichas nociones.

Los Servicios Públicos Domiciliarios en la Nueva Constitución de 1991, será el tema a desarrollar de manera exclusiva en el segundo capítulo, el cual intentará recopilar las diferentes características de los SPD a la luz de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y las tensiones existentes entre la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios y la libertad de empresa y mercado.

Un tercer capítulo se concentrará en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, enfatizando en el régimen jurídico de las empresas, en cuanto a sus actos, contratos, régimen laboral, responsabilidad extracontractual y jurisdicción competente, el cual intentará demostrar que aún tienen plena vigencia y aplicabilidad el Derecho Público y el Juez Administrativo en materia de servicios públicos domiciliarios y que es más apropiado hablar de dualidad o mixtura del régimen jurídico de servicios públicos domiciliarios, entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y no dar por sentado la preeminencia o protagonismo del Derecho Privado y de la Jurisdicción Ordinaria.

En este capítulo haremos igualmente hincapié en una discusión muy actual y trascendental sobre cuál es la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, lo cual viene siendo objeto de discusión en la Jurisprudencia.

En el cuarto capítulo se tendrá como tema central y preponderante el Usuario y cómo se ha evidenciado un usuario sensible, débil y desprotegido en materia de mecanismos de participación de los usuarios en la regulación, gestión, fiscalización y control de dichas empresas.

Finalmente, se presentarán en el capítulo quinto, a título de conclusiones, las propuestas o alternativas concretas que aporten elementos para buscar dar solución a la problemática existente en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, e igualmente se planteará la necesidad de fortalecer los derechos y mecanismos de protección de los usuarios, según los preceptos consagrados por el Constituyente en nuestra Normas de Normas.

JUSTIFICACIÓN

Con la expedición de la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994, muchos han sido los cuestionamientos que han surgido en materia de Servicios Públicos Domiciliarios: ¿su prestación debería ser exclusiva por parte del Estado?, ¿de los particulares, simultánea, excluyente o complementaria? ¿Cuál es el alcance de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en un Estado cuyo objetivo sea el aseguramiento de un orden político, económico y social justo? ¿Cómo operan en el nuevo modelo los principios de libertad económica y libre empresa? ¿Será cierto que el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios es exclusivamente de derecho privado o seguirá teniendo vigencia el derecho público? ¿Cuál es el grado de participación real de los usuarios bajo el nuevo modelo de la Constitución y la Ley 142 de 1994?

Estos, entre otros cuestionamientos, han venido siendo abordados en Colombia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y dada su trascendencia y actualidad, se considera necesario darle una mirada a algunos de ellos desde la perspectiva académica, y es así, como los mismos fueron tratados dentro del énfasis del área de Derecho Público, dirigido en el primer semestre del año 2006, por el profesor David Suárez Tamayo, en la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit.

Dentro de los temas tratados durante el énfasis, surgió el objeto, el tema a tratar en el presente trabajo de Monografía, el cual se centrará específicamente en dos, a saber:

El primero de ellos será el tema del régimen jurídico aplicable al nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios, haciendo énfasis en algunas dificultades e inquietudes que se han presentado en el régimen jurídico de las empresas (en

cuanto a actos, contratos, régimen laboral, responsabilidad extracontractual y juez competente para dirimir sus controversias), el cual se enmarcará en la problemática derivada de la coexistencia de agentes privados y estatales en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; para de esta manera analizar qué tan cierto es que el régimen jurídico de dichos servicios es de Derecho Privado, o si por el contrario, son tantas las excepciones a la regla, que deberá concluirse que el régimen jurídico es mixto, esto es, tanto de Derecho Privado como de Derecho Público. Y dentro de este mismo contexto, se le dará relevancia a una discusión actual, vigente y de marcada trascendencia, como es, definir cuál es la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas.

El segundo tema a desarrollar será el del Usuario, desde la perspectiva exclusiva de su participación en la gestión, regulación y control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para determinar críticamente la fragilidad de dicha institución a la luz de lo pretendido por la Constitución de 1991.

Sin embargo, resulta absolutamente necesario, desde el punto de vista metodológico, para poder abordar los dos temas expuestos, partir de dos conceptos previos: la noción clásica de servicio público, su evolución, y el nuevo modelo adoptado en Colombia a la luz de la Constitución Política de 1991.

De manera que, partiendo de la noción clásica y evolución de los servicios públicos domiciliarios (Capítulo 1), pasando por el nuevo modelo dentro del ámbito constitucional (Capítulo 2), abordaremos bajo la óptica de la Ley 142 de 1994, los dos temas de Régimen Jurídico de los servicios públicos domiciliarios, con énfasis en el régimen de las empresas (Capítulo 3) y la participación de los Usuarios en la gestión, regulación y control (Capítulo 4), para finalmente exponer en un último apartado (Capítulo 5), las propuestas y conclusiones que intentarán aportar elementos encaminados a resolver las problemáticas planteadas.

OBJETIVOS

OBJETIVO PRINCIPAL

Se tendrá como objetivo principal:

- Establecer el desarrollo y alcance normativo de la noción de los servicios públicos domiciliarios bajo el nuevo modelo constitucional de Estado Social de Derecho, abordando a través de la Ley 142 de 1994, dos temas específicos como el del Régimen Jurídico de las empresas y la participación de los usuarios, señalando críticamente las tensiones y dificultades existentes, y exponiendo posibles propuestas para la solución de las mismas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Se tendrán como objetivos específicos:

- Exponer la evolución del concepto de servicio público domiciliario desde su noción clásica hasta la desarrollada en Colombia a partir del modelo de Estado Social de Derecho, con la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 142 de 1994.
- Plantear la tensión existente entre las responsabilidades de las empresas y del Estado en el marco de la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios, y la libertad de competencia, de empresa y mercado, a la luz de la Carta de 1991. ¿Será una relación paralela y complementaria? ¿O serán excluyentes?

- Examinar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios enfatizando en el régimen jurídico de las empresas (actos, contratos, relaciones laborales, responsabilidad extracontractual y jurisdicción competente) para demostrar que dicho régimen no es exclusivo de derecho privado como lo señala la Ley 142 de 1994, o lo han querido ver algunos doctrinantes o las mismas empresas.
- Determinar la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas.
- Señalar la insuficiencia de los mecanismos de participación de los usuarios en cuanto a la gestión, regulación y control, puesto que el tratamiento dado a los derechos de los usuarios en tal materia, en la Ley 142 de 1994 y en la práctica, ha resultado tímido e insuficiente frente a lo consagrado en la Constitución de 1991.
- Plantear propuestas y alternativas concretas que intenten dar solución a la problemática existente en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, pero concretándolo en el régimen propiamente aplicable a las empresas, y fortalecer los derechos y mecanismos de participación de los usuarios en materia de gestión, regulación y control.

ALCANCES Y LÍMITE

Debe precisarse que con el presente proyecto no se busca dar cuenta de todo el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios ni de todos los aspectos de régimen jurídico relacionados con las empresas de servicios públicos y con el usuario, como tampoco resolver todas las dificultades existentes en la materia, sino que básica y exclusivamente se apunta a:

- Señalar el concepto y la noción clásica de servicio público a la luz de los autores clásicos en la materia.
- Señalar la noción de servicio público domiciliario a la luz de la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994.
- Analizar el régimen jurídico básico de los servicios públicos domiciliarios, pero en especial el de las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuanto a los actos, contratos, régimen laboral, responsabilidad extracontractual y juez competente.
- Analizar la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas.
- Cuestionar la fragilidad de los derechos de los usuarios en cuanto a la participación en la gestión, regulación y control de las empresas.
- Enunciar algunas propuestas a manera de conclusiones.

1. EVOLUCIÓN Y NOCIÓN CLÁSICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1.1 EVOLUCIÓN DOCTRINARIA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La concepción de servicio público es una construcción histórica, fuertemente influenciada por notables doctrinantes y autores clásicos, quienes sin lugar a dudas, dieron nacimiento a lo que hoy se conoce como la noción clásica de servicio público.

1.1.1 Autores Clásicos

1.1.1.1 León Duguit

Indudablemente, la doctrina del servicio público es originariamente una construcción francesa. Precisamente, uno de los autores clásicos, considerado como “el gran teórico” del servicio público es el francés León Duguit, para quien la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público.

En efecto, desde el momento en que se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, *“se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza”*¹.

¹ DUGUIT, León. Las transformaciones generales del Derecho Público y Privado. Biblioteca Jurídica Heliasta. Buenos Aires, Argentina. p. 27.

Aunque es cierto que el poder de los gobernantes tenía causas muy diversas (materiales, económicas, morales o religiosas), para Duguit era evidente que el fundamento de la obligación jurídica de los gobernantes era la estrecha correspondencia entre la posesión del poder y la obligación de cumplir con determinadas actividades: prestar ciertos servicios.

Lo anterior, en tanto no era concebible en el mundo moderno y civilizado la idea de que todo aquel que tuviera poder por un título cualquiera —emperador, ministro, presidente de la República- lo detentara para provecho suyo y no para el de los gobernados. De manera que, todas las actividades cuyo cumplimiento eran obligatorias para los gobernantes, constituían el objeto de los servicios públicos, obviamente, en pro de sus gobernados.

Así, para Duguit el servicio público era esencialmente *“toda actividad cuya realización deben asegurar, regular, y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y ella es de tal naturaleza que no puede realizársela completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa”*².

A partir de esta noción, se desprende para los gobernantes, *“una misión concreta que está determinada por estas finalidades de servicio público, ampliamente legitimadas por el sentir popular y llevadas a la normatividad (especial). Este último aspecto resulta de significativa importancia para efectos prácticos, pues lleva a concebir al administrador de lo público no como un agente de un poder abstracto y soberano o como ejecutor de una normatividad de esta misma naturaleza, sino como realizador de un conjunto normativo que está dirigido a*

² DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. París, Ancienne Librairie Fontemoing. 1927.

amplias finalidades sociales, de modo coherente con el sentir popular, que da lugar y también límite a toda la actuación del Estado”³.

Igualmente, partiendo de esta concepción de servicio público, la cual hace énfasis en la naturaleza del Estado, se le atribuye a Duguit una nueva concepción de este último, en la medida en que se le asimila no como una estructura que detenta poder sino como una estructura puesta al servicio de sus asociados.

Adicionalmente, y en consideración a que el Estado no tenía solamente el derecho de mandar, sino que tenía también grandes deberes que cumplir, precisamente uno de esos deberes u obligaciones de orden jurídico que se impuso a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, era el de asegurar sin interrupción el cumplimiento de cierta actividad; que de no ser cumplida, sería susceptible de recibir una sanción positivamente organizada.

El Derecho Público Moderno realmente actuó como herramienta fundamental para el cumplimiento de los deberes de los gobernantes, pues de hecho, aquél se convierte, gracias a la noción de servicio público, en *“el conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbdito no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción”⁴.*

³ MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Proyectos Editoriales Curcio Penen. Bogotá. 2005. p. 143

⁴ Ibid, p. 143.

1.1.1.2 Gastón Jéze

Por su parte, para el autor Gastón Jéze, la idea de servicio público se haya íntimamente vinculado con la del procedimiento de derecho público. En efecto, *“decir que en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. De allí que, toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general”*⁵.

Lo anterior, tiene sentido cuando el Estado sustituye a la libre iniciativa de los particulares para organizar un servicio público con el objeto de asegurar a todos los habitantes, especialmente a los más apartados del territorio, la satisfacción de las necesidades generales, a las cuales la iniciativa privada solo podría proporcionar de manera incompleta y discontinua.

Por esta razón, para Jéze, la noción de servicio público gira alrededor de una idea esencial: el interés particular deberá siempre ceder ante las necesidades de interés general, puesto que los intereses colectivos y generales son el objeto de los servicios públicos.

⁵ JÉZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Libro II: La Noción de Servicio Público. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1949. p. 4

Jéze consideró además que, *“los servicios públicos son la piedra angular del Derecho Administrativo francés”*⁶, en la medida en que no sólo los servicios públicos han acompañado al Derecho Administrativo desde su origen y a través de toda su evolución, sino que es servicio público todo lo que gestiona la Administración.

De esta manera, tanto Duguit como Jéze fundamentaron el concepto de servicio público en un criterio principalmente funcional y orgánico, pues el centro de su teoría radicaba en el titular de la prestación del servicio, el Estado; pero un Estado que detentara el poder de manera idónea para satisfacer las necesidades colectivas y prestar los servicios públicos, en virtud precisamente de las exorbitancias que poseía en su calidad de Estado.

En consecuencia, el Estado fue el protagonista en el elemento definitorio de los servicios públicos –en tanto era el prestador de los mismos- y de manera correlativa, los servicios públicos justificaron y fundamentaron la existencia del Estado.

1.1.1.3 Rolland

De otro lado, Rolland, otro de los integrantes de la escuela francesa sobre servicios públicos, consideró que *“el servicio público es la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de las necesidades colectivas del público”*⁷. Igualmente, consideró como características comunes de los servicios públicos, la continuidad (entendida como la prestación del servicio sin interrupciones), la adaptabilidad (adecuar la

⁶ Ibid, p. 4.

⁷ ROLLAND, L. Précis de droit administratif. 5° ed, Paris. 1934.

prestación del servicio a las necesidades del ciudadano) y la igualdad (como la búsqueda del equilibrio en el tratamiento de los usuarios de un mismo servicio).

1.1.1.4 André De Laubadére

Por su parte, el autor francés André De Laubadére consideró que *“servicio público es la actividad de una colectividad pública que tiene por objeto satisfacer una necesidad de interés general como son la defensa nacional, los ferrocarriles, el registro civil, la justicia y los servicios públicos. Dichas colectividades son el Estado Central, Departamental y Municipal, y por concesión el particular podrá garantizar la prestación de dichos servicios públicos”*⁸.

Este autor consideró además que *“como consecuencia de la injerencia de los particulares en la prestación de servicios públicos, existen dos formas de prestarlos. Una cuando el servicio está atendido por un órgano público, condición que implica la intervención directa de un órgano público a través de la gestión e inversión de recursos y medios propios para la prestación y desarrollo de éstos y la otra manera cuando se haya confiado a un particular la prestación de dicho servicio, situación que implica que ya no será el Estado el que intervendrá y gestionará directamente la prestación del servicio público, sino que será el particular el que a través de la concesión gestionará e invertirá directamente en el desarrollo de la prestación de dichos servicios”*⁹.

En la anterior definición, observamos en primer lugar, cómo el autor da preeminencia a un criterio de finalidad a la hora de definir la noción de servicio

⁸ DE LAUBADÉRE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Ed. Temis. 1984. pp. 13, 14. Citado por Willington Gil Alzate y Diana Cecilia Zapata Macias en su tesis de grado. Universidad de Antioquia. 2002.

⁹ Ibid, pp.207, 209.

público, en la medida en que lo señala como toda actividad tendiente a satisfacer necesidades de interés general. Y en segundo lugar, es preciso destacar cómo este autor clásico se anticipa a lo que será el nuevo modelo de servicios públicos, al reconocer la participación de particulares en la prestación de dichos servicios.

1.1.1.5 Jean Rivero

De la misma manera, el francés Jean Rivero presentó la noción de servicio público, al señalar que *“es una forma de acción de la Administración en la que una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general, la cual igualmente puede ser satisfecha por concesionarios donde ambos deben prestar dichos servicios en condiciones de continuidad, de generalidad, de adaptación a nuevas circunstancias y de igualdad”*¹⁰.

Vemos cómo este autor coincide con la finalidad que debe perseguir el servicio público en la satisfacción de intereses generales, y con la apertura de la prestación de servicios públicos a otros agentes particulares, pero de manera novedosa plantea como ingrediente adicional las condiciones a la hora de prestar esos servicios. De allí que, plantee criterios como continuidad, generalidad, adaptabilidad e igualdad, todos referidos a una adecuada y justa prestación.

1.1.1.6 Eduardo García de Enterría

Ahora bien, el español Eduardo García de Enterría concibe la noción de servicio público como *“aquella facultad privativa de la Administración para prestar, organizar y distribuir beneficios en aras de satisfacer necesidades generales de*

¹⁰ RIVERO, Jean. Derecho Administrativo.. Caracas. Ed. Universidad Central de Venezuela. 1984. pp. 471, 485. Citado por Willington Gil Alzate y Diana Cecilia Zapata Macias en su tesis de grado. Universidad de Antioquia. 2002.

*los administrados... Igualmente, dicha facultad se le otorga a los particulares a través de la concesión, para que sean ellos los que en forma continua y en condiciones de igualdad desarrollen y presten los servicios que por delegación legal se les ha confiado prestar*¹¹.

En este sentido, destacamos el criterio orgánico dentro de la definición dada por este español, para quien servicio público es *“el giro y tráfico propio de la Administración”*¹², pero sin desconocer la acción de los particulares en la prestación por medio de la figura de la concesión.

1.1.1.7 Miguel Marienhoff

Por su parte, el argentino Miguel Marienhoff sostuvo una noción de servicio público fundada en un criterio teleológico, según la cual *“existe servicio público cuando el fundamento de la prestación es la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general”*¹³.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, Eduardo y TOMAS, Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Madrid. Ed. Civitas. 1994. pp.72, 85. Citado por Willington Gil Alzate y Diana Cecilia Zapata Macias en su tesis de grado. Universidad de Antioquia. 2002.

¹² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003. p. 526.

¹³ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Tercera Edición. 1988. p. 27. Citado por Carlos Bernal Pulido en el “Concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano”. Letras Jurídicas. Vol. 10, No. 1, Marzo de 2005.

1.1.1.8 Alessi

Alessi, otro de los autores que tratan el tema, introduce el concepto de servicio público fundado en el principio de utilidad, consistente en que una actividad de prestación será servicio público *“cuando ella proporcione una utilidad jurídica, económica o social a los particulares en la satisfacción de sus necesidades físicas, económicas, intelectuales o de otra naturaleza”*¹⁴.

1.1.1.9 Juan Jacobo Rousseau

Otra de las nociones sobre servicios públicos, la suministra Juan Jacobo Rousseau, en la cual *“la expresión servicio público aparece referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos. En Rousseau, el concepto de servicio público evidentemente no es un concepto jurídico, es un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, incluido el ejército o la hacienda; el concepto aparece como todo aquello que dice en relación a los intereses colectivos del Estado y, por tanto, algo que atañe personalmente a todos los que integran la Nación, algo que se contrapone a asuntos privados”*¹⁵.

1.1.1.10 Maurice Hauriou

El servicio público según el autor Maurice Hauriou, consiste en *“la obra que debe realizar la Administración Pública; el poder público es el medio de realización”*¹⁶.

¹⁴ ALESSI, R. Principi di diritto amministrativo. Vol. 1 Milán, Giuffré. 1978. Citado por Carlos Bernal Pulido en el “Concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano”. Letras Jurídicas Vol. 10, No. 1, Marzo de 2005.

¹⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003. p. 520

¹⁶ Tomado de notas de clase del profesor David Suárez Tamayo, dentro del Énfasis de Político.

1.1.1.11 Gaspar Ariño Ortiz

Finalmente, el autor Gaspar Ariño Ortiz manifiesta que si bien no hay un concepto legal unitario sobre servicio público, en la medida en que se tratará siempre de un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá en cada momento y en cada país del contexto socio-político, sí es posible pensar en una definición aproximada consistente en servicio público como *“aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”*¹⁷.

1.2 NOCIÓN CLÁSICA DE SERVICIO PÚBLICO

A partir de las diferentes definiciones sobre servicio público expuestas y desarrolladas por los anteriores autores, nacen los elementos constitutivos del concepto de servicio público construido por la escuela clásica francesa.

Se consideraba como servicio público, aquella actividad propia y exclusiva del Estado, de carácter permanente, regular, continuo e ininterrumpido, dirigida a satisfacer necesidades colectivas o de interés público, sometidas a normas y jurisdicción especial, con el otorgamiento de prerrogativas y poderes exorbitantes a favor del Estado.

La exclusividad del Estado en la prestación del servicio obedece precisamente a la noción de servicio público clásica francesa, la cual era de naturaleza organicista, pues como lo anotamos en las concepciones de Duguit y Jéze, siempre se

¹⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003. p. 534.

identificó el servicio público con todas las actividades propias del Estado. Gaspar Ariño ha manifestado que la exclusividad del Estado es la *“titularidad de la Administración sobre la función o actividad de que se trate”*¹⁸ y que es por esto que *“los servicios públicos tienen como una vocación natural al monopolio, en el sentido de que la titularidad de ellos es única”*¹⁹.

Pero, a pesar de que el Estado ostente un monopolio en la titularidad en la prestación de los servicios públicos, veremos en los siguientes capítulos de este trabajo, que esta noción clásica evoluciona hasta permitir que dicho ejercicio sea llevado a cabo por sujetos ajenos al órgano estatal, tales como los particulares u otros interesados, sin necesidad de un título habilitante que autorice a los agentes privados prestar dichos servicios.

En cuanto a la prestación permanente, regular, continua e ininterrumpida, debe anotarse que es la característica esencial de los servicios públicos, toda vez que están involucrados intereses de índole general, colectiva y pública.

Al respecto, Gaspar Ariño ha afirmado que *“no es servicio público una actividad que tenga como exclusiva finalidad conseguir ingresos para beneficio de la misma Administración. Tendrá la calidad de tal, las actividades dirigidas a la utilidad general del público, de donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación, exigible judicialmente. Por ello, un “servicio” prestado por la Administración a sí misma (servicios internos: financieros, de transportes, de estudios, etc.) no es servicio público (servicio es siempre prestación de una persona a otra)”*²⁰.

¹⁸ Ibid, p. 534.

¹⁹ Ibid, p. 534.

²⁰ Ibid, p. 539.

Finalmente y en cuanto el sometimiento de los servicios públicos a un régimen y jurisdicción especiales, debe anotarse que el servicio público ha de tratarse de una actividad que se presta en régimen de Derecho Público, en la medida en que se da una protección especial de su prestación con inmunidades, prerrogativas y poderes exorbitantes a favor del Estado, teniendo en cuenta las concepciones expuestas por Duguit: el cumplimiento en la prestación de los servicios “no podrá realizársela completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa”.

Sin embargo, es de advertir igualmente, que en este punto existen discusiones en el sentido de que la preeminencia que le da la noción clásica francesa al derecho público y administrativo, será menguada más adelante cuando se establezca que el régimen de los servicios públicos será de derecho privado. Pero por ahora, podemos afirmar con tranquilidad que dentro de la noción clásica, los servicios públicos gozan de un régimen especial que es el Derecho Público.

1.3 NOCIÓN EN COLOMBIA

En Colombia, los servicios públicos no tienen una historia unificada, lineal y confluyente, pues los distintos servicios aparecieron en diferentes tiempos y su desenvolvimiento fue aleatorio, con avances y retrocesos. Lo que los unifica es que en términos generales tuvieron las mismas etapas. Fueron en sus inicios prestados por particulares, luego, se municipalizaron y se integraron horizontalmente, posteriormente, fueron estatalizados y vivieron distintos grados de articulación vertical, y por último, se descentralizaron a partir de 1994, con la presencia cada vez más significativa del sector privado empresarial.

Esto se evidencia precisamente, en el hecho de que el concepto de servicio público domiciliario haya conocido varias etapas en el ordenamiento jurídico colombiano, según la modalidad de prestación asumida, dentro de un periodo

comprendido entre 1875 y 1990 hasta nuestros días. En este gran espacio histórico, puede percatarse desde un servicio público prestado por entidades privadas en vista de un Gobierno Central incapaz de satisfacer las necesidades, hasta un nuevo concepto de servicio público, más evolucionado por las tendencias neoliberales que imperaron en la década de los noventa²¹.

En este mismo sentido, en el ámbito del Derecho Administrativo en Colombia, el concepto de servicio público *“es de difícil delimitación, puesto que no puede afirmarse que ellos correspondan a las mismas funciones públicas, o que sean las actividades que corresponda prestar al Estado... y además son de muy diversa índole, pues constituyen servicios públicos muchas actividades que se ofrecen o prestan al público tales como la educación, la salud, la seguridad, la provisión de alimentos, el correo, las telecomunicaciones, el saneamiento básico, entre otros”*²².

²¹ “El concepto de servicio público domiciliario que imperó durante la primera modalidad denominada “de prestación local” entre 1875 – 1930, tuvo su raíz en la Constitución de 1886, en virtud de la cual se instauró una República Unitaria, Centralista y Presidencialista. El Gobierno Central no pudo satisfacer la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de manera tal que tuvo que ser asumida por empresas de naturaleza privada mediante la ejecución de contratos de concesión celebrados directamente con los municipios. Así, el concepto de servicio público domiciliario reinante en esta modalidad se caracterizó por estar exento de control e intervención estatal, por su acceso bastante restringido, por sus altos costos y por la deficiente cobertura.

Por su parte, el concepto de servicio público domiciliario que imperó durante la segunda modalidad conocida como el “centralismo en la gestión local de los servicios públicos domiciliarios” entre 1910 – 1950, se caracterizó por la asunción por parte del Estado del compromiso de gestión. Las entidades territoriales asumieron funciones relacionadas con la prestación de los servicios públicos domiciliarios para lo cual, se asignaron recursos del gobierno central.

La tercera concepción de servicio público domiciliario se desarrolló dentro del modelo de “Estado asistencialista” entre los años de 1945 – 1990 en aras de dar mayor cobertura y eficiencia a la prestación de estos servicios. Sin embargo, la ineficiencia e insuficiencia en la cobertura del servicio, la falta de financiación, la corrupción y el clientelismo, con el paso del tiempo desembocaron en una verdadera crisis del concepto de servicio público domiciliario.

Finalmente y bajo la modalidad de “prestación privada y responsabilidad local” de 1990 en adelante, las tendencias neoliberales originaron influencias en el nuevo concepto de servicio público domiciliario cuyo punto de partida fue la expedición de la Constitución de 1991”. Cfr.. República de Colombia, Ministerio de justicia y del Derecho. Dirección de políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo, Investigación de servicios públicos domiciliarios. Calidad de vida y construcción del Estado Social de Derecho, Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales. UNIJUS; Imprenta Nacional. 1997.

²² ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 1998. p. 17.

Es así como, el concepto de servicio público se califica de muy diversas maneras atendiendo a criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos; y se hable de servicios públicos básicos, esenciales, estatales, y el que nos interesa para efectos de este trabajo, “domiciliarios” para otorgarles una categoría y normatividad especiales.

Sin embargo, puede hablarse de consenso cuando se afirma que el concepto clásico francés de servicio público ha sido el referente ineludible para el derecho colombiano y para la noción de servicio público en Colombia.

En efecto, la Constitución trasladó a nuestro derecho los puntos más apremiantes de la noción clásica de servicio público: el reconocimiento del Estado como el actor principal en la prestación eficiente de los servicios públicos, teniendo presente que de ello depende la satisfacción de las necesidades fundamentales de los ciudadanos y la defensa de los intereses generales; y la posibilidad de que agentes distintos a los estatales participen en la prestación de los servicios públicos como lo sostuvo Jéze²³ en su momento.

Ahora bien, es igualmente necesario comentar que el concepto de servicio público en Colombia fue influenciada además por otras fuentes, con posterioridad a la noción clásica francesa. Como lo señala el autor Carlos Bernal Pulido²⁴, la noción de servicio público construida por Marienhoff, fundada en el criterio teleológico; el concepto introducido por Alessi, fundado en el principio de utilidad del servicio público; y la noción de los servicios públicos industriales y comerciales dada en

²³ “Consideramos las necesidades de interés general cuya satisfacción asume, en determinado momento, la Administración, por sí sola (monopolio) o en competencia con los particulares”. JÉZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Libro II. p. 3.

²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Letras Jurídicas Vol. 10, No. 1, Marzo 2005. p. 112.

Francia después de la concepción clásica, necesariamente tuvieron incidencia en la formación del concepto de servicio público en el derecho colombiano.

1.3.1 Disposiciones Normativas

La primera disposición del derecho colombiano que dio cuenta de la noción de servicio público fue el artículo 430 del Código Laboral, en el que al señalar la prohibición de la huelga en los servicios públicos, los definió para tales efectos e hizo una enumeración de algunas de las actividades que constituyen servicio público.

La norma laboral señaló que se considera como servicio público *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:*

- a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;*
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;*
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;*
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;*
- e) Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados;*
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;*
- g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;*

h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país a juicio del gobierno”.

De la misma manera, la Ley 80 de 1993 en su artículo 2° y para los efectos de la contratación estatal definió los servicios públicos como *“los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.*

La Ley 142 de 1994, igualmente define los servicios públicos en su artículo 14.20, modificado por el artículo 2° de la Ley 689 de 2001, señalando que *“son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley”.*

En este orden de ideas, se evidencia cómo la noción de servicio público surgida en Colombia se objetiva y se independiza del agente prestador, centrándose en la satisfacción de necesidades generales y colectivas para el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios y el desarrollo económico y social de la población.

Podría aceptarse lo señalado por el autor Carlos Atehortúa en el sentido de que *“la esencia del servicio público no radica en el hecho de ser prestado por el Estado, sino en la circunstancia especial de ser una actividad que afecta individualmente a los ciudadanos y colectivamente a la sociedad y por ello, debe ser intervenida por el Estado mediante su regulación y vigilancia, a fin de garantizar el desarrollo armónico de los administrados”*²⁵.

²⁵ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 1998. p. 18.

1.3.2 Noción en Colombia de Servicio Público Domiciliario

Ahora bien, en cuanto a la noción colombiana de servicio público domiciliario concretamente, debe señalarse que no existe una definición sustancial y unificada en nuestro régimen jurídico, por las consecuencias jurídicas que se obtienen de que un determinado servicio sea calificado como domiciliario.

En efecto, la Constitución de 1991 no definió expresamente la noción de servicio público domiciliario, pues atribuyó la competencia al Legislador para desarrollar la materia dentro del marco constitucional, atendiendo al régimen jurídico especial (Leyes 142 y 143 de 1994 y 286 de 1996) que debe aplicárseles por tratarse de servicios con el calificativo de “domiciliarios”, según lo dispuesto en el artículo 367 de la Carta.

Haciendo uso de esta competencia, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, pero ésta tampoco los definió expresamente, sino que se limitó a hacer una enumeración en el artículo 14.21 de los servicios de este género, esto es, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, telefonía de larga distancia nacional e internacional, distribución de gas combustible y las actividades complementarias, al no ser consideradas como servicios públicos en sentido estricto.

La Corte Constitucional²⁶, tras dar cuenta de la inexistencia de una definición expresa de los servicios públicos domiciliarios, los definió con fundamento en el artículo 367 de la Constitución, señalando que los servicios públicos domiciliarios como categoría especial de los servicios públicos, son *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las*

²⁶ Sentencia T – 578 del 3 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”.

Del mismo modo, la Corte sostuvo que estos servicios se caracterizan, según el criterio finalista, por las siguientes propiedades:

- El servicio público domiciliario según el artículo 365 puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.
- El servicio público domiciliario tiene un punto terminal que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario la persona que usa ciertos servicios, es decir, quien disfruta el uso de cierta cosa.
- El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto.

Es así entonces, como la noción de servicio público en Colombia fue formándose al mismo tiempo en que se distanciaba de la noción clásica francesa, en un escenario en el que dicha noción entraba en crisis.

En efecto, ese concepto clásico del servicio público que se venía presentando con una fuerte injerencia del Estado, comenzó a ser transformado en razón a que los particulares empezaron a prestar servicios públicos en igualdad de condiciones conjuntamente con el Estado; por lo que dicha actividad fue dejando de ser exclusiva de derecho público para dar entrada también al derecho privado, surgiendo así la crisis de la noción servicio público.

Los criterios suministrados especialmente por Duguit y Jéze fueron tornándose insuficientes para diferenciar las actividades propias de servicio público y las

propias del sector privado, debido no sólo a que éste fue cada vez más incursionando en el ámbito de lo público para satisfacer igualmente necesidades de índole colectiva, sino a que las facultades y prerrogativas exorbitantes característicos del derecho público, fueron aminorándose hasta llegar a ser reemplazados por la aplicación del derecho privado, obligando a su vez al Estado a ocupar la misma posición jurídica de los particulares.

Es así como “las teorías que asociaban los poderes exorbitantes propios del derecho administrativo sólo a las autoridades estatales, así como aquellas que limitaban los controles de derecho público solamente al Estado, han tenido que reconocer que en el derecho contemporáneo, entidades estatales y particulares, así como las comunidades organizadas, deben someterse al mismo régimen jurídico cuando pretenden cumplir fines iguales”²⁷.

1.4 CRISIS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

“Nuestro derecho ha reconocido asimismo que la noción de servicio público de la escuela clásica colapsó por diversas consideraciones económicas y fácticas que llevaron a suprimir el monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos y a admitir que tales servicios podían y debían ser prestados por organizaciones con estructura similar a la de las empresas privadas o incluso por estas mismas”²⁸.

En realidad, el intervencionismo del Estado en la prestación de los servicios públicos fue perdiendo su dimensión de equidad social y su referente de derechos ciudadanos, al mismo tiempo que se fue desdibujando la noción de lo común, lo colectivo, lo cívico y la acción política de los actores sociales. Las ciudadanías se

²⁷ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 1998. p. 22.

²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. “El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el Ordenamiento Jurídico Colombiano”. Letras Jurídicas Vol. 10, No. 1, Marzo 2005. p. 111.

fueron tornando pasivas y los actores políticos se convirtieron en meros receptores de unas directrices institucionales elaboradas en otros espacios distintos a los sociales.

Sumado a lo anterior, y ante la insuficiencia estatal en la prestación de dichas prestaciones, fue considerándose que el monopolio del Estado debía ser compartido con entes privados, pues no sólo el sistema centralista indujo a ineficiencias en las empresas, sino que se atribuyeron los problemas del pasado a la prestación de los servicios públicos a través de monopolios estatales, al conducir a la baja cobertura, a la deficiente calidad, a tarifas no costeables, a altos niveles de ineficiencias administrativas en la gestión empresarial, politización y corrupción en el manejo de las empresas.

Lógicamente, las nuevas tendencias económicas tuvieron también gran influencia en la crisis, puesto que el interés general -propio de la noción clásica- empezó a compartir el mismo escenario con conceptos relacionados con la liberalización de los servicios públicos -propiedad privada, libre competencia, libre acceso al mercado, libertad de empresa- en los que se proponía como alternativa someter al servicio público a las reglas de un mercado de competencia, y que tanto operadores públicos como privados concurrieran a la libre competencia en igualdad de condiciones.

Fue así como el tema de los servicios públicos y de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, se fue desarrollando bajo la determinación de ideas de apertura, globalización, internacionalización, neoliberalismo y privatización, de la mano del proceso de modernización del Estado y de la expedición de una nueva Constitución.

En efecto, las ideas de liberalización intentaron permitir la libre concurrencia de operadores públicos y privados al mercado de los servicios, a través de la

eliminación de monopolios y de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios; la reorientación del papel del Estado ya no en un mero prestador de servicios sino en un garantizador de los mismos en condiciones de universalidad, alta eficiencia y calidad; el establecimiento de un régimen tarifario costeable y la garantía de generar derechos a nuevos operadores de interconexión de redes.

En palabras del autor Alberto Montaña, la liberalización de los servicios públicos o libre entrada, *“debe ser entendida como la posibilidad que tienen distintos sujetos de diversa naturaleza de desarrollar actividades de servicios públicos, o complementarias o conexas con ellos, sin la necesidad de autorizaciones o negocios jurídicos entre estos sujetos y la entidad pública responsable del servicio, en otras palabras, sin la necesidad de títulos habilitantes que les permitiera desarrollar estas actividades”*²⁹.

Por su parte, el autor Gaspar Ariño³⁰ ha manifestado que en virtud a la necesidad de devolverle al ciudadano el protagonismo, su iniciativa, su libertad, especialmente, su libertad de elegir, es que la palabra clave en materia de servicios públicos es privatización, entendida no como la venta de empresas públicas sino como la devolución de actividades a la iniciativa social.

En este sentido, con el término privatización en forma amplia se alude a *“toda iniciativa pública que persigue reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo público y recurriendo a lo privado, en diversos campos: titularidad de la actividad, forma de gestión, régimen de*

²⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Proyectos Editoriales Curcio Penen. Bogotá. 2005. p. 100.

³⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003. pp. 585, 586

*propiedad, régimen jurídico, forma de financiación*³¹. Es así como, puede afirmarse que “privatizar supone la retirada del Estado de las actividades económicas de producción de bienes y servicios; o una devolución de tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados”³².

Incluso, la privatización como fenómeno encontró su justificación en el fracaso de la empresa pública en términos de desincentivos, vicios, ineficiencias, bajas rentabilidades en relación con las empresas privadas y alto déficit público, razón por la cual la alternativa visible en el momento fue la “retirada” del Estado de las actividades de producción de bienes.

Adicionalmente, para el autor, el triunfo del neoliberalismo no es fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia de cambios profundos en el proceso económico-social definidos por hechos como la apertura de la economía mundial, la reducción de distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica, la reducción de la sociedad rural, la sofisticación de servicios; los cuales generaron que el viejo concepto de servicio público –monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme- ya no llenara las necesidades y las preferencias de la población a la que debía servir y satisfacer. De allí que, fuera indispensable abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda y las exigen un nuevo concepto de servicio público.

Es así como, los servicios públicos fueron enmarcándose en un escenario de crisis, en donde las entidades prestadoras de servicios públicos fueron perdiendo su norte y se encontraron con la encrucijada entre la lógica de la eficiencia,

³¹ Ibid. p. 481.

³² Ibid. p. 481.

productividad, liberalización y privatización, con los requerimientos sociales que implicaban las necesidades colectivas e intereses generales.

Bajo este contexto de crisis de la noción clásica y tradicional de servicio público, y en medio de las teorías económicas de globalización, neoliberalismo, privatizaciones y apertura económica, se llega en Colombia durante el proceso Constituyente de 1991 a la discusión entre 3 opciones, a saber: mantener el intervencionismo estatal, privatizar o, una intermedia, como la liberalización en la cual, tanto prestadores públicos como privados podrían competir en el mercado en condiciones de igualdad.

Por lo anterior, en el próximo capítulo abordaremos cuál fue el modelo adoptado en Colombia, y las tensiones existentes en la noción de servicio público en la Constitución de 1991.

2. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1991

2.1 ORIGEN DEL NUEVO MODELO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Como producto del asomo de las teorías neoliberales en la década de los 90 y de la crisis de la noción clásica de servicio público atribuida, entre otras razones, a la ineficiente intervención del Estado y a la creciente incursión del derecho privado en el ámbito de lo público, fue presentándose la necesidad de implantar reformas en el sector en cuanto a la transformación del papel del Estado Central, como pasar de ser empresario y promotor a cumplir funciones regulativas; y además en cuanto a permitir la entrada en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de capitales privados, nacionales y extranjeros, bajo el supuesto de que la competencia sería el mecanismo privilegiado para mejorar la eficiencia del sector.

En este contexto, se expide la Constitución de 1991, mediante la cual Colombia opta por el modelo de Estado Social de Derecho con la filosofía de orientar la economía y, de manera general, la gestión estatal, al logro de unos fines sociales y con ello garantizar el bienestar general y la justicia social.

Concretamente, establece el artículo 1° de la Carta, que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Sin embargo, tal y como lo expone nuestra Corte Constitucional, *“lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado”*³³.

En efecto, el sentido y alcance del artículo 1° de nuestra Constitución Nacional no puede ser descubierto a partir de una interpretación simplista y reducida a su literalidad. Por el contrario, cada una de las palabras de la norma posee una carga semántica enorme, de las cuales se desprenden nociones básicas que permiten delimitar su alcance, haciéndolo más razonable y coherente.

Lo anterior, implica que el Estado Social de Derecho debe ser un Estado legitimado, controlado y coordinado por un conjunto de normas regidas por una de carácter superior denominada Constitución, soportado por un ordenamiento lógico, denominado Derecho, administrado por jueces imparciales, que garantice estándares mínimos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad, con un orden económico-social basado en la igualdad de oportunidades, en la dignidad humana, y en la pérdida de la importancia sacramental del texto legal para darle cabida a una mayor preocupación por la justicia material.

Pero implica además, que el Estado se adapte a las reglas de economía de mercado, a través de la intervención en la economía y de las normas que regulan la competencia, especialmente cuando uno de los pilares de la Constitución fue el de abrir a los agentes privados la participación en las actividades de prestación del servicio.

La misma Asamblea Nacional Constituyente, sustentó en sus actas que *“el derecho a la libre competencia, además de ser la facultad que tienen los*

³³ Sentencia T – 406 de junio 5 de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón.

*empresarios de acceder libremente al mercado, va más allá porque configura un derecho colectivo esencial de los consumidores y usuarios de bienes y servicios que de no existir, los sometería al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del precio o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan. Con base en ello, la libre competencia es un derecho colectivo de la sociedad entera*³⁴.

En materia de servicios públicos, la Asamblea igualmente se pronunció, señalando que *“los servicios públicos como instituciones jurídicas aparecieron íntimamente ligados al Estado Liberal del siglo XIX, y con el advenimiento del Estado Intervencionista, la función y finalidad públicas se redujeron a los servicios públicos. Hoy, ante la insuficiencia estatal en la prestación de los servicios públicos que no son de cargo exclusivo de la Nación, se considera que el monopolio del Estado debe ser compartido con entes privados, según lo determine la naturaleza del servicio y la necesaria eficiencia del mismo, pero en todo caso sometido a un régimen jurídico de derecho público. En el proyecto que estamos motivando hemos aclarado que los servicios públicos pueden ser tanto estatales como privados... Para el constituyente colombiano son servicios públicos esenciales o básicos, a los cuales deben concretarse principalmente y prioritariamente los cometidos estatales, los de policía, seguridad civil, justicia, educación básicas y defensa nacional”*.³⁵

Así, es claro que en la Carta se dejó plasmada la idea de permanencia de la intervención del Estado en esa actividad económica y social; pero que, en aras al respeto de la propiedad privada que se configura sobre aquélla, se incorpora la participación de los particulares en la prestación del servicio público con el ánimo

³⁴ “El impacto de la ley de servicios públicos domiciliarios: logros y dificultades”. Coloquio en Bogotá, noviembre de 1997. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS. 1998.

³⁵ LEMOS SIMMONDS, Carlos. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 43 “Servicios Públicos”. Gaceta Constitucional. No 21. Marzo 15 de 1991.

de lucro, criterio que autorizó al Constituyente de 1991 permitirle a la empresa privada el manejo o la administración de sectores que eran exclusivos monopolios del Estado.

2.2 DESARROLLO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Es en este escenario entonces, y con los principios consagrados en la Constitución Política de 1991, que Colombia no sólo se inclina por liberalizar los servicios públicos, es decir, permite que tanto operadores públicos como privados concurren al mercado y a la libre competencia en igualdad de condiciones, sino que constitucionalmente redefine el papel del Estado, al pasar de un prestador exclusivo de servicios a garantizador de los mismos, se consagran a los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, se posibilita que los servicios públicos puedan ser prestados por el Estado directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, se conservan en el Estado las facultades de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, se consagra la posibilidad de conceder subsidios para las personas de menores ingresos, se da la posibilidad de que los usuarios participen en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios públicos, se crea un nuevo régimen jurídico y de juez competente para la resolución de competencias, y se crea la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como la entidad competente para ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan.

En este sentido, los servicios públicos domiciliarios obtienen un importante espacio en la Constitución de 1991 y pasan a tomar una nueva dimensión dada por la naturaleza misma del Estado como Social de Derecho, por la consagración de los derechos fundamentales y su tutela, y por el nuevo alcance de los principios de libertad económica e intervención del Estado en la economía, así como por un

marco constitucional expreso y amplio para los servicios públicos domiciliarios, entendidos desde una concepción con dimensión social.

De la misma manera, los servicios públicos domiciliarios pasan a ser considerados como fines sociales del Estado, asociados a la calidad de vida de los ciudadanos, un presupuesto para la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, y base esencial del desarrollo y competitividad del país. Y aunque la regla general es que los servicios públicos domiciliarios no son per sé derechos fundamentales, la Corte Constitucional manifestó en la sentencia C - 150 de 2003³⁶, que en el evento en que se vea afectado algún derecho fundamental por la negativa en la prestación del servicio público, podría tratarse como tal, y así la acción de tutela sería el mecanismo idóneo para su defensa.

Al respecto, la Corte Constitucional también se ha pronunciado al señalar que *“los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (C.N. artículo 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros... Es decir que los servicios públicos se erigen como instrumentos que le permiten al Estado alcanzar el ideal de justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva, bien sea que los preste directa o indirectamente, o que se autorice a los particulares para hacerlo, en todo caso siempre serán su responsabilidad, la cual deberá cumplir de acuerdo con las disposiciones de la ley que rija su prestación, tal como lo dispone el artículo 365 de la Constitución”*³⁷.

³⁶ Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷ Sentencia T – 540 de septiembre 24 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, autores como Carlos Atehortúa, han señalado que cuando se afirma que *“los servicios públicos son inherentes a la función que al Estado Social de Derecho le corresponde cumplir, a lo que se hace referencia es a la obligación que tiene el Estado de intervenir en la economía, para garantizar que los servicios sean prestados en condiciones de eficiencia y cobertura a todos los sectores de la población; y en países como Colombia donde la misión del Estado debe ser la de constituirse en instrumentos de equilibrio entre los sectores de la población, garantizar la universalidad de acceso a los servicios públicos a los sectores más pobres, debe constituirse en objetivo básico misional, ya que mejorar la calidad de vida de los ciudadanos es un mandato que no puede ignorar el Estado”*³⁸.

No obstante, debe aclararse que el hecho de que la orientación constitucional y legal en materia de la teoría del servicio público tenga una drástica modificación, no puede hacernos llegar a la conclusión de que el Estado deba desentenderse del tema que para muchos ha justificado su existencia: la prestación de los servicios públicos.

En efecto, el presupuesto en el que se funda el Estado Social de Derecho, es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. *“La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autorregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momentos de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar -*

³⁸ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. Segunda Edición. 2005.

*hasta cierto punto - las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado*³⁹.

Ahora bien, una vez conocidas los factores sociales, económicos y constitucionales que dieron origen al nuevo modelo de servicios públicos domiciliarios, procederemos a exponer los conceptos característicos de dicho modelo.

2.2.1 Conceptos Fundantes del nuevo modelo de Servicios Públicos Domiciliarios

Bajo este modelo entonces, nacen las Leyes 142 y 143 de 1994 dentro de un escenario de críticas a los enfoques estatistas, con los propósitos de resolver problemas de eficiencia, cobertura y calidad de las empresas que prestaban los servicios públicos domiciliarios, eliminar las interferencias políticas en el manejo del sector, darles a estas empresas más autonomía, incorporar la competencia como condición de la mejora en la calidad de los servicios, acceder a un mayor desarrollo tecnológico y a una mayor capacidad financiera.

En las ponencias para primer y segundo debate de la Ley de servicios públicos domiciliarios en el Senado, se afirmó que *“el proyecto del Gobierno plantea elementos interesantes de esta reestructuración: eliminación de la restricción de los mercados, vinculación del sector privado tanto a través de los recursos de inversión como a través de contratos de gestión con las empresas públicas, fortalecimiento y separación de las funciones de regulación, control y vigilancia... La Ley busca crear las vías institucionales que lleven al florecimiento de formas de gestión capaces de incorporar los mejores recursos públicos y privados*

³⁹ Sentencia C – 566 del 30 de noviembre de 1995, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

*disponibles para la prestación de los servicios públicos domiciliarios. La Ley no se casa con la privatización; ella será conveniente cuando conduzca realmente a una mayor eficacia y eficiencia*⁴⁰.

El artículo 2º de la Ley 142 en el cual se dice que el Estado intervendrá en materia de servicios públicos, enumera de manera taxativa los fines a realizar con su intervención.

Así entonces, son claros los elementos constitucionales o conceptos fundantes del nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios, a saber:

- El carácter social de los servicios públicos domiciliarios al constituirse como fines sociales del Estado;
- Pueden ser prestados por el Estado, las comunidades organizadas y los particulares, bajo un esquema de no abuso de posición dominante y libre competencia, libertad de Empresa, iniciativa privada y propiedad privada;
- Su prestación debe obedecer a criterios de universalidad, eficiencia y continuidad, cuyos fines sean el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida y la solución de las necesidades básicas insatisfechas;
- El régimen jurídico, la regulación, el control y la vigilancia son asuntos que siguen siendo del Estado;
- El régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso;
- La consagración de derechos de los usuarios a participar en la regulación, gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de SPD, de la mano de los derechos a la protección y defensa.

⁴⁰ Senado de la República. Ponencia para primer y segundo debate del Proyecto de Ley 142 de 1994. Gaceta del Congreso No. 121 y 220. Años 1992 y 1993.

Se desprende de los elementos anteriores principalmente, el que la noción clásica de servicio público se vea aminorada, pues en cuanto a la prestación, de manera expresa la Carta consagró la posibilidad de una prestación directa o indirecta por parte del Estado o por comunidades organizadas, o por particulares. En este contexto, la regla general será la de libertad de entrada para los particulares que quieran prestar servicios públicos pues este derecho se deriva directamente de la Constitución y no propiamente de un acto de concesión estatal, pues la titularidad público de éstos no es exclusiva y el hecho de que sean prestados por particulares no los hace perder su naturaleza de servicio público.

Sin embargo, observamos que uno de los fundamentos más determinantes del nuevo modelo de SPD, como lo es el bienestar general y la prestación del servicio a toda la población, se conservó en la Constitución de 1991, en cumplimiento de los principios del Estado Social de Derecho.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994, se expresó que el principio de universalidad supone altas inversiones para las cuales el Estado no cuenta con suficientes recursos económicos, lo que hace necesaria la participación de nuevos inversionistas.

Finalmente, señaló cómo el principio de eficiencia, que busca los menores costos y las menores tarifas, debe lograrse con la libertad de empresa y la libertad de entrada, cuando la competencia sea posible, y con un fuerte control sobre quienes prestan servicios en condiciones de monopolio natural para evitar abusos de posición dominante.

2.2.2 Fundamentos constitucionales de los Servicios Públicos Domiciliarios en el nuevo modelo

2.2.2.1 Derecho a la Huelga

El primer criterio de diferenciación en la Carta Política de 1991 se dará para el caso de la consagración del derecho de huelga, pues el artículo 56 garantiza el ejercicio de este derecho, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. El derecho de huelga como derecho de contenido social pasa así a tener un marco mayor de protección que no excluye su ejercicio en cualesquiera de los servicios públicos, sino sólo en aquellos que se consideren por el legislador como de naturaleza esencial, siendo este el caso de los servicios públicos, por expresa definición de la Ley 142 de 1994.

2.2.2.2 Intervención en la Economía - Libertad de Competencia

Igualmente, el artículo 334 de la Constitución consagra la intervención del Estado en la dirección general de la economía así como en los servicios domiciliarios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades. Norma que debe ser conjugada con el artículo 333, el cual hace alusión a los principios de libertad económica y libre competencia, dentro de los límites del bien común, consagrados a partir del nuevo modelo de Estado Social de Derecho.

Es así entonces, como se consideró que no sólo el Estado puede prestar los servicios públicos domiciliarios a través de empresas de servicios públicos oficiales o mixtas, empresas industriales y comerciales del Estado, comunidades organizadas o por municipios, sino también a través de empresas del sector privado según lo establecen los artículos 365 y 367 de la Constitución.

2.2.2.3 Principio de Cobertura Universal

Por su parte, el principio de cobertura universal, encuentra su fundamento constitucional en los artículos 2, 365, 367, y fundamento legal en el artículo 2.5 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 literal f de la Ley 143 de 1994, consistente en la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia en la capacidad de pago de los usuarios.

2.2.2.4 Principio de Solidaridad

El principio de solidaridad, cuyo fin es el de generar posibilidades de pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, destacando esta norma el elemento de equilibrio social que caracteriza el marco de los nuevos servicios públicos en el este modelo de Estado Social de Derecho; y adicionalmente establecer las tarifas basadas en la eficiencia económica, neutralidad, suficiencia, solidaridad y redistribución, integralidad tarifaria, simplicidad y transparencia, tiene su soporte legal en los artículos 367 y 368 de la Carta y 2 de la Ley 142 de 1994.

2.2.2.5 Principio de Eficiencia

El principio de eficiencia consagrado en los artículos 2, 365, 367, 370 de la Carta y 2 de la Ley 142 de 1994, consiste en que el Estado intervendrá en los servicios públicos para su prestación eficiente. Este principio obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico.

2.2.2.6 Principio de protección a usuarios

Igualmente respaldado en los artículos 2, 365 y 369 de la Constitución y 9 de la Ley 142 de 1994, el principio de protección a usuarios consagra que éstos tienen derecho a obtener una medición real de sus consumos, la libre elección del prestador del servicio, y la obtención de información que no fuera reservada. Hace parte de este derecho, la consagración de procedimientos para reclamaciones, la apertura de espacios de control social de los servicios públicos, así como el deber de despliegue de campañas de divulgación de derechos y obligaciones de los usuarios por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la divulgación de tarifas por las empresas prestadoras de estos servicios.

2.2.2.7 Principio de continuidad y calidad

Finalmente, el principio de continuidad y calidad con fundamento en el artículo 367 de la Carta y 2.3 de la Ley 142 de 1994 y 6 de la Ley 143 de 1994, consiste en que el Estado intervendrá en los servicios públicos para la prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan. Inclusive, el principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor o caso fortuito.

2.3 TENSIONES EXISTENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 EN RELACIÓN CON LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

Tal como lo planteamos en el capítulo 1 de este trabajo, ni Carta ni la Ley 142 de 1994, en virtud de la competencia dada por el Legislador, definieron expresamente la noción de servicio público domiciliario.

La Corte Constitucional, tras dar cuenta de la inexistencia de una definición expresa, los definió con fundamento en el artículo 367 de la Constitución, señalando que los servicios públicos domiciliarios son una categoría especial de los servicios públicos, y que deben entenderse como *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios con el objeto de satisfacer las necesidades básicas de los asociados”*⁴¹.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que *“los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, pretenden satisfacer necesidades mas básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales.*

*La adecuada prestación de los servicios públicos, resulta imprescindible como condición material par que el individuo y la colectividad puedan desarrollarse normalmente. Los destinatarios de los servicios públicos son “todos” los miembros de la comunidad”*⁴².

⁴¹ Sentencia C - 493 del 2 de octubre de 1997, con la ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz.

⁴² Sentencia C - 198 del 13 de Mayo de 1998, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

De estas nociones jurisprudenciales, se han generado dos concepciones acerca de la noción de servicio público domiciliario, ya que las disposiciones constitucionales que regulan la materia son indeterminadas y dan lugar a interpretaciones contradictorias entre sí.

2.3.1 Concepción de los Servicios Públicos Domiciliarios como finalidad social del Estado

La primera concepción está fundada en el Estado Social de Derecho, el cual se basa en la confianza ilimitada en la gestión pública, el reconocimiento de la necesidad de su actuación para la protección de los intereses generales, la prestación óptima y la satisfacción de esos intereses colectivos; tendencia que a su vez, está plasmada en los artículos 1° y 2° de la Constitución, pero especialmente en el artículo 365 cuando estipula que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.

En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre esta concepción cuando señala que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, y que precisamente para garantizar el derecho a gozar de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, como una de las necesidades básicas de los ciudadanos, es que el Estado es el obligado a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Inclusive para la Corte, la gestión estatal en esta materia ocupa un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos del Estado, pues dicha gestión no sólo debe estar orientada hacia la simple prestación, sino que además se encuentra cualificada por el requisito de la eficiencia, especialmente por estar involucrados derechos como la vida, la integridad personal, la salud, entre otros.

En la sentencia C – 150 de 2003, la Corte igualmente señaló sobre los fines que el Estado debe perseguir en su intervención, que *“en un Estado Social de Derecho la*

intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (artículo 334 C.P.)⁴³

En esta misma línea, se encuentra el Consejo de Estado⁴⁴, el cual apunta igualmente hacia la concepción de que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado; y que a pesar de la posibilidad otorgada a los particulares para prestarlos, la responsabilidad en la prestación de los mismos sigue siendo estatal, el cual debe cumplir dicha función dentro de criterios como cobertura, calidad, solidaridad, redistribución de los ingresos y financiación del régimen tarifario.

⁴³ Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁴ Sentencia S - 701 de 23 de septiembre de 1997 de la Sala Plena del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Relacionado con esta postura, el autor Alberto Montaña ha señalado que *“no podemos hacer otra cosa que concebir la intervención del Estado en la economía como un medio, y de ningún modo como un fin. El Estado no puede aspirar a intervenir de uno u otro modo la economía, no puede aspirar a nacionalizar o a privatizar; el Estado aspira al cumplimiento de sus fines, y para ello se vale de distintos medios. Uno es la intervención del Estado en la economía, y su grado de intensidad no depende de cosa distinta que de la voluntad política, en el marco y el respeto de la Constitución”*⁴⁵.

Otra particularidad relativa a la tendencia derivada del Estado Social de Derecho en materia de servicios públicos domiciliarios, es la existencia de una prevalencia prima facie del interés general sobre los intereses particulares, el cual encuentra su fundamento constitucional en el artículo 1° cuando señala que el Estado Social colombiano se encuentra fundado en la prevalencia del interés general.

Así entonces, es posible concluir dentro de esta concepción de servicio público domiciliario, no sólo que la intervención que hace el Estado en la economía no es absolutamente discrecional, en el sentido de que el mismo artículo 334 de la Constitución ha establecido como finalidades a perseguir a través de su intervención, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la preservación de un ambiente sano; sino además que su intervención se justifica en la medida en que efectúe una prestación eficiente de los servicios públicos en pro de los intereses generales o del bien común.

⁴⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Proyectos Editoriales Curcio Penen. Bogotá. 2005. p. 90.

2.3.2 Concepción de la Liberalización de los Servicios Públicos Domiciliarios

Ahora bien, la segunda concepción acerca de la noción de servicio público domiciliario está basada en la liberalización de los servicios públicos, por el pensamiento propio del Estado Liberal, el cual es caracterizado por la libertad de empresa y de competencia, la liberalización de la economía, la exclusión de la intervención estatal, la desconfianza en la gestión llevada a cabo por parte del aparato estatal, la transformación de un Estado como único prestador a un Estado garantizador del SPD, la protección de los derechos subjetivos individuales y la garantía de su libre ejercicio; ideología que a su vez, se desprende de las Leyes 142, 143 de 1994, 296 de 1996 y 689 de 2001 y de los artículos 58, 60, 64, 332, 333 y 334 de la Carta, especialmente del artículo 365, al establecer la posibilidad de que los particulares puedan prestar servicios públicos.

La libre competencia dentro del marco de la Constitución ha sido contemplada, no sólo en su carácter de derecho, sino también como un mecanismo idóneo para la consecución de la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. De allí que, haya quienes afirman que entre mayor competencia exista, mejor es la prestación de los servicios pues cada empresa se preocupa de ofrecer mejores condiciones para así captar más demanda.

El principio de onerosidad que rige los servicios públicos por ser fruto de una actividad económica de libre empresa, y la influencia de este principio en la determinación del régimen tarifario en los servicios públicos domiciliarios, son otros de los aspectos pertenecientes a esta concepción de liberalización de los servicios públicos domiciliarios, en contraposición con su finalidad social.

Sin embargo, esta segunda concepción de servicio público domiciliario al mismo tiempo que encuentra grandes soportes legales y constitucionales; halla límites, por supuesto, en pro de los intereses generales. Por ejemplo, cuando el artículo

333 de la Carta establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, de la misma manera señala que son libres pero dentro de los límites del bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Incluso, podemos observar cómo el mismo artículo en su inciso 2° establece que de la libertad de competencia económica se desatan responsabilidades, como todos los derechos.

Finalmente, la concepción de la liberalización de los servicios públicos encuentra en el artículo 365 de la Carta otro gran límite, al contemplar la creación de monopolios estatales en actividades de servicio público, por motivos de soberanía o de interés social.

En esta medida, creemos necesario advertir que la libertad de competencia en Colombia, no debe ser un fin en sí misma; la competencia es importante en cuanto garantice la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, en una relación en la que el objeto jurídico tutelado es el usuario, pues el mercado debe ser el medio en el que se busca la protección del usuario.

2.3.3 Punto Medio entre ambas posturas

Es así entonces como, hasta el momento, podemos inferir claramente que tanto la intervención del Estado en la economía como la libertad económica encuentran límites determinantes a su ejercicio a partir de la Constitución Política, y que son precisamente estos límites los que buscan crear un escenario de armonía a estas dos nociones.

Y de manera obligada debe ser así porque del artículo 365 de la Constitución, el cual establece que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, se desata que las actividades de servicio público tienen en

efecto una dimensión económica y que existe en consecuencia, un nexo indiscutible entre los fines sociales del Estado y una actividad de eminente esencia económica.

Sin embargo, no puede dejarse de reconocer el que estas dos nociones den lugar a una tensión legal y constitucional que se proyecta hacia el concepto de servicio público domiciliario, especialmente cuando hay quienes abogan por la supremacía del derecho de libertad de empresa sobre el principio social de intervención estatal, por cuanto la Constitución consagra el derecho de libertad.

Hay otros doctrinantes que consideran que no es posible que ambas posturas coexistan pacíficamente -pues dichas tesis entrarán siempre en conflicto-, así como también hay quienes defienden la tesis según la cual, no es correcto atribuir a ninguna de estas posturas una prevalencia absoluta, puesto que es necesario comprender que el Constituyente tuvo razones de peso para dar igual rango a las dos posturas, y por ende resolver los conflictos en consideración a las circunstancias del caso concreto, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, se determinará cuál de ellas debe proceder en cada circunstancia específica.

Nuestra Corte en ocasiones ha optado por la defensa de las libertades cuando expresa que *“la libertad económica reconocida a los particulares, les permite perseguir su beneficio particular, y la utilización de los recursos del país, dentro de los límites del bien común”* o que *“la Constitución consagra una economía social de mercado dirigida, puesto que reconoce genéricamente que la iniciativa privada y la actividad económica son libres pero establece, también de manera global, que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado”*⁴⁶.

⁴⁶ Sentencia T – 251 del 30 de junio de 1993, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sin embargo, el autor Carlos Bernal manifiesta que *“debe reconocerse que con el paso del tiempo, la Corte Constitucional se ha inclinado más hacia el reconocimiento prevalente del Estado Social de Derecho sobre el principio de liberalización de los servicios públicos, y ha prescindido de consideraciones particulares de excepción para los diversos casos concretos. Esto por cuanto, la Corte ha sido enfática en defender la prevalencia absoluta del interés general y el bien común sobre los derechos de contenido económico”*⁴⁷.

Por su parte, el autor Alberto Montaña parece haber encontrado un punto medio entre estas dos posturas, cuando señala que *“la garantía de la libertad económica de los particulares indiscutiblemente puede colisionar con actividades públicas derivadas de la intervención del Estado en la economía. De este modo, el Estado puede intervenir, aunque encuentra un aparente límite en la garantía que a su vez ha otorgado a los ciudadanos de participar libremente en la economía”*.

*“Pese a ser ambos postulados constitucionales, que deben ser tenidos en cuenta por las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones, vale la pena señalar cómo su armonía, en una primera instancia, puede encontrarse en desarrollo del mismo texto constitucional, que como lo señalábamos, establece de manera expresa unos límites a la libertad económica de los particulares: el “bien común” y la “responsabilidad derivada del ejercicio del derecho a la libertad de empresa”, perfectamente concordantes con los fines y propósitos del Estado, orientados hacia el interés general y la efectiva realización de los principios y valores constitucionales, así como a la tutela de los derechos fundamentales”*⁴⁸.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Letras Jurídicas Pág. 119. Vol. 10, No. 1, Marzo 2005.

⁴⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Proyectos Editoriales Curcio Penen. Bogotá. 2005. p. 91.

Personalmente, creemos arriesgado acogernos a una concepción única y determinada pues podrían verse sacrificados derechos de libertad económica si se optara por la defensa de la finalidad social de los servicios públicos; como también podrían ponerse en riesgo derechos de índole colectivo si primara la liberalización de los servicios públicos; sobre todo cuando la idea misma del Estado Social de Derecho ha sido la consagración de principios que redunden en el bienestar de los usuarios y en la eficiencia en su prestación. Así, mal harían los servicios públicos domiciliarios en denominarse “públicos”, si desconocen su razón de ser: el bienestar colectivo y los intereses generales.

Nuestra neutralidad encuentra su razón de ser en la consideración de que la privatización no es la panacea ni tampoco lo peor. Lo percibimos como un instrumento más cuya utilización debe partir de un análisis costo/beneficio. La eficacia de este instrumento depende de su contexto. En un ámbito de regulación débil y un mecanismo legal y político de financiación y cofinanciación que premian al corrupto y al ineficiente, el control social es indispensable. Pero en un escenario de regulación y control fuertes, así como de financiación eficiente, el instrumento es bueno porque permite extender cobertura, agilizar la reposición de redes y equipos, facilitar la consecución de recursos, diferenciar el agente prestador del agente responsable, acabar con el clientelismo y la corrupción en las empresas públicas, transparentar el régimen tarifario y hacer más clara la relación empresa - usuario.

Consideramos además equivocada la concepción de que lo público es ineficiente, y lo privado es operativo. No es exactamente por ser una entidad estatal, que la prestación sea ineficiente, pues los operadores privados presentan de la misma manera, vicios, lentitudes y dificultades. De todos modos, ni la corrupción es pública, ni la eficiencia es privada.

Como el mismo Gaspar Ariño lo señala, *“dadas las tendencias colusivas de muchos de estos sectores, la privatización y teórica liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopolístico servicio público de titularidad estatal⁴⁹”*.

En esta medida, el Estado sólo podría intervenir excepcionalmente cuando se encuentre latente un riesgo social, definidas como aquellas circunstancias en las cuales, dadas las consideraciones del caso concreto, se encuentran en latente o efectiva vulneración derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, la Corte Constitucional ha corroborado que la intervención estatal en materia de servicios públicos debe orientarse hacia el control del sector privado con la única finalidad de promover la productividad y el estímulo de la competitividad en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios, y de controlar la presencia de posiciones dominantes en el mercado.

Ahora bien, establecido el marco constitucional del nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios, vamos ahora en el capítulo siguiente, a determinar que opción adoptó el Legislador al momento de establecer el régimen jurídico de los mismos; y en especial, nuestro análisis se centrará en sostener la dualidad y mixtura del régimen jurídico, y no la exclusividad del derecho privado.

⁴⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003. p. 587.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS

3.1 ELEMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La Ley 142 de 1994 es el instrumento legal y normativo que se ocupa de desarrollar el régimen de los servicios públicos domiciliarios, enmarcado siempre dentro de los criterios de eficiencia, cobertura, solidaridad, redistribución del ingreso y calidad de los prestadores de estos servicios, y de los principios consagrados en el Estado Social de Derecho.

Cuando hablamos del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, necesariamente estamos ante un modelo que abarca mínimo nueve elementos que lo componen, a saber:

- Marco o régimen constitucional de los servicios públicos domiciliarios
- Marco o régimen legal de los servicios públicos domiciliarios
- Políticas Sectoriales
- Regulación
- Régimen de control, inspección y vigilancia
- Régimen Tarifario
- Relación Empresa – Usuario
- Régimen Jurídico de las Empresas prestadoras
- Derechos, mecanismos de defensa, protección y participación del Usuario

Aunque cada uno de estos elementos son igualmente determinantes y gozan de un espacio propio en materia de régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, el presente capítulo se centrará de manera específica en los dos últimos conceptos, esto es, Régimen Jurídico de las empresas prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, y Derechos, Protección, Defensa y Participación del Usuario.

Ahora bien, al examinar el régimen jurídico de las empresas prestadoras de SPD, la Ley 142 de 1994 y algunos doctrinantes han querido señalar que dicho régimen es exclusivo o predominantemente de Derecho Privado. No obstante y discrepando de lo anterior, consideramos inconveniente trazar una línea divisoria entre el derecho común y los demás órdenes normativos, toda vez que se estaría excluyendo de manera tajante, una rama del derecho indispensable, sobre todo en materia de servicios públicos, como lo es el Derecho Público y Administrativo.

En efecto, somos del pensamiento de que son tantas las excepciones a la regla de que el régimen jurídico es el Derecho Privado, que tendríamos más argumentos y herramientas para concluir que el régimen jurídico sería mixto, al coexistir el Derecho Público con igual o más preponderancia incluso que el Derecho Privado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que *“las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto que lo presta, determinan el régimen jurídico aplicable en cada caso, el cual nunca será puro, es decir, exclusivamente de derecho público o derecho privado, sino más bien un derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin destacar, dada la calidad de dicho sujeto, que se pueda dar una prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro”*⁵⁰.

⁵⁰ Sentencia C – 263 del 13 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

3.1.1 Régimen Constitucional

Por ejemplo, en cuanto al marco o régimen constitucional de los servicios públicos domiciliarios, es evidente que éstos obtuvieron un importante espacio en la Constitución y fueron consagrados como inherentes a la finalidad social del Estado, no podrían concebirse como prestaciones sin una fuerte influencia del derecho público y constitucional. Así, los artículos 1, 2, 13, 29, 56, 58, 86, 95, 113, 150 num. 7, 150 num. 23, 189 num. 22, 209, 211, 313, 315, 333, 334, 365 a 370 de la Constitución de 1991 son los fundamentos y respaldos constitucionales de los SPD.

3.1.2 Régimen Legal

De la misma manera, dentro del marco o régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, encontramos la Ley 142 de 1994, y de manera complementaria, la Ley 143 de 1994, la Ley 80 de 1993, la Ley 286 de 1996, la Ley 632 de 2000, la Ley 689 de 2001, la Ley 373 de 1997, la Ley 72 de 1989, el Decreto 1900 de 1990, la Ley 37 de 1993, la Ley 422 de 1998, el Decreto 990 de 1990, la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 506 de 1999, la Ley 680 de 2001, la Ley 675 de 2001 - Propiedad Horizontal, la Ley 55 de 2000 - PCS, la Ley 505 de 1999, la Ley 732 de 2002 - Estratificación, la Ley 812 de 2003 - Plan Nacional Desarrollo y la Ley 820 de 2003 – Vivienda y Arrendamiento, entre otras.

3.1.3 Régimen de Políticas Sectoriales

En materia de políticas sectoriales, podemos mencionar que los Decretos Reglamentarios del Presidente de la República, los documentos CONPES y las resoluciones de los Ministerios, como agentes a los que les corresponden la fijación de políticas, la definición de la planeación sectorial, el establecimiento de

normas técnicas y la atención a las obligaciones sociales que les corresponden al Estado, dan cuenta de la presencia del derecho público en los SPD, al ser actos administrativos.

3.1.4 Régimen de Regulación

La regulación igualmente encuentra grandes soportes en el Derecho Público y Administrativo, pues nace como una decisión del Constituyente y del Legislador de imponerle al Estado la obligación de intervenir en la economía para racionalizarla y de crear nuevos órganos especializados, autónomos e independientes que, integrados a los convencionales del Estado, realizan el orden constitucional, dada la necesidad de regular con criterios técnicos, económicos y jurídicos algunos asuntos que resulta impropio dejarlos al Gobierno o a los particulares.

Esos órganos de regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, son las Comisiones de Regulación (CRA, CREG, CRT) en virtud del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, las cuales ejercen sus competencias en su condición de agencias estatales –como lo indica el artículo 211 de la Carta- debidamente habilitadas en virtud de la competencia estatal de intervención en la economía, en concordancia con los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución y mediante delegación que a ellas hace el presidente, para que realice la actividad de intervención en los servicios públicos domiciliarios establecida en el artículo 370 de la Carta⁵¹.

Cabe mencionarse además que, los actos de regulación de las comisiones (al ser éstas agencias estatales) son típicos actos administrativos que están en un todo

⁵¹ Sobre la constitucionalidad de las Comisiones de Regulación pueden verse: Sentencia C - 272 del 3 de junio de 1998, con la ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C - 444 del 26 de agosto de 1998 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, Sentencia C - 1162 del 6 de septiembre de 2000, con la ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; y los mismos son impugnables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, al estar las comisiones adscritas a los Ministerios de Vivienda y Medio Ambiente (CRA), Minas y Energía (CREG) y Comunicaciones (CRT), cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro al ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. De allí que, las comisiones de regulación hagan parte de la estructura de la Administración Nacional como Unidades Administrativas Especiales, en desarrollo de las competencias que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 150 numeral 7 de la Constitución otorgan al Congreso para determinar la estructura de la Administración y formular nuevas modalidades de órganos –como las comisiones– según las necesidades respectivas.

Finalmente, es necesario señalar en materia de regulación, que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria.

Al respecto, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000, en donde aclaró que *“en materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para ‘completar la ley’, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta”... Ello implica que ‘regular’ ha sido erróneamente asimilado a ‘legislar’, en tanto ha sido*

entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga ‘con sujeción a la ley’, no ‘para completar la ley’⁵².

En esta medida, se violaría la Constitución si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias o de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del Gobierno, pues las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. La correcta interpretación será entonces la señalada en el numeral 18 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al ser *“la facultad de dictar normas de carácter general (o particular en los términos de la Constitución y de esta ley) para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”*.

3.1.5 Régimen de Control, Inspección y Vigilancia

Por su parte, el Régimen de control, inspección y vigilancia también da cuenta de la injerencia y subsistencia del Derecho Público en materia de servicios públicos domiciliarios, puesto que, si bien quedó claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por autoridades públicas como por particulares o comunidades organizadas, igualmente es claro acorde a los artículos 365 y 370 de la Constitución, que en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, el control, inspección y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen dentro de los principios del Estado Social de Derecho.

⁵² Sentencia C - 1162 del 6 de septiembre de 2000, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

En este sentido, consideramos que en materia de controles es igualmente evidente que no es tan cierta la idea tantas veces defendida por diversos doctrinantes, de que el Estado ha perdido espacio en los servicios públicos domiciliarios, pues es preciso distinguir que una cosa es prestación del servicio y otra cosa es regulación y ámbitos de control.

La Ley 142 de 1994, precisamente señala en los artículos 45 al 52 todo lo referente a los controles, con el fin de hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural. De allí que se hable de control interno, de auditoría externa, de control fiscal, de control disciplinario, de control político (ejercido por corporaciones públicas como el Congreso, la Asamblea y el Concejo), de control ciudadano (Comités de Desarrollo y Control Social) y del control ejercido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, organismo de carácter técnico, adscrito al Departamento Administrativo Nacional de Planeación, que emite actos administrativos relacionados con la segunda instancia de negación, corte, suspensión del servicio y facturas.

3.1.6 Régimen Tarifario

En cuanto al régimen tarifario⁵³ de las empresas prestadoras de SPD, regulado en los artículos 86 al 98 de la Ley 142 de 1994, se señala que estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia, pero especialmente por la solidaridad de la tarifa, como el elemento esencial y caracterizador del derecho público, en tanto el Estado interviene a favor de los sectores más pobres de la población, con el fin de garantizar que ellos tengan acceso al servicio.

⁵³ En la sentencia C - 252 del 28 de mayo de 1997 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional se pronunció en relación con el régimen tarifario y el establecimiento de criterios donde además de la suficiencia, se tuvo en cuenta la solidaridad y la redistribución del ingreso, a la hora de diseñar el régimen tarifario.

Y aunque son las empresas de servicios públicos las que fijan las tarifas, estas empresas deben someterse al régimen de regulación ya sea con la modalidad de libertad regulada, libertad vigilada o un régimen de libertad que cumpla con los lineamientos dados por las comisiones de regulación. De manera que, se respeta un margen de libertad, pero siempre enmarcado dentro de las fórmulas tarifarias regidas por las comisiones de regulación y por ende, el derecho público, dado que las fórmulas y metodologías tarifarias son establecidas por las Comisiones de Regulación mediante actos administrativos.

3.1.7 Régimen Jurídico de la Relación Empresa - Usuario

En materia de relación empresa – usuario, la Ley 142 de 1994 la regula a través de la figura de Contratos de Condiciones Uniformes, previstos en los artículos 128 y siguientes de la Ley, los cuales consisten en *“contratos uniformes, consensuales, 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 ellas para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”*.

En realidad, se trata de un contrato consensual y no solemne, ya que el contrato se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes, sin la necesidad de que sus cláusulas sean puestas en un escrito. Al respecto, señala el artículo 129 de la Ley 142 de 1994 que *“existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en la que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa”*.

La onerosidad y no gratuidad es otra característica del contrato de servicios públicos, tal y como se desprende del artículo 128 cuando establece que el

usuario beneficiario del servicio deberá pagar un precio en dinero como retribución por el mismo.

Es igualmente un contrato de adhesión, pues en virtud del artículo 129, la entidad prestadora del servicio define las condiciones uniformes en las que prestará el servicio, y regula los derechos y obligaciones de las partes para evitar el abuso de la posición por parte de las empresas prestadoras de estos servicios.

Este contrato tiene además un sujeto cualificado, que en términos del artículo 130, es la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, y la otra parte, será obviamente, el usuario o suscriptor.

Las normas que rigen este contrato, según el artículo 132, son las contenidas en la Ley 142 de 1994, las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Estos contratos constituyen una modalidad de contratación muy especial por cuanto, no sólo mediante estos contratos, se concreta la relación jurídica entre la finalidad de las empresas prestadoras de servicios públicos y sus suscriptores o usuarios, sino porque los artículos 133 y 152 a 159 de la Ley 142 de 1994 contemplan un régimen especial de protección a dicha relación.

En efecto, el artículo 133 de la ley consagra 26 conductas que constituyen abuso de posición dominante, las cuales no pueden ser objeto de cláusulas contractuales que se pacten a favor exclusivo de la empresa prestadora del servicio. Así mismo, los artículos 152 a 159 de la ley establecen un conjunto de disposiciones referidas a la protección o defensa del usuario en sede de empresa, lo cual no es propio de relaciones contractuales de derecho común.

De allí que, dicha modalidad sea un fehaciente ejemplo que excepciona el derecho privado, en cuanto es un contrato intervenido por el Estado, sin la posibilidad de celebrarse con plena libertad de estipulaciones de las partes y con la disposición en la ley de un conjunto de reglas que excepcionan la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes para pactar cláusulas contractuales.

Finalmente, sobre los derechos, mecanismos de defensa, protección y participación del Usuario se ocupará de manera especial el cuarto capítulo de este trabajo.

Resta por desarrollar el último de los elementos del régimen jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios, esto es, el régimen jurídico de las empresas y prestadores del servicio.

3.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Si bien quedó claro que la prestación de los servicios públicos domiciliarios puede ser realizada por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares tal y como lo señala el artículo 365 de la Constitución; y de manera adicional, por los Municipios directamente bajo los supuestos del artículo 367 de la Carta, es necesario señalar que a partir de estos prestadores, se han desatado las modalidades o formas organizativas para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

3.2.1 Tipos o modalidades de prestadores

En Colombia se ha hablado de las siguientes clases de organizaciones o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a saber:

- Operadores marginales de origen privado y estatal: El numeral 2 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 los define como 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, de manera que se trata de una empresa que no tiene como razón de ser la prestación de servicios públicos sino sólo para el desarrollo de su actividad propia. Según el artículo 16 de la ley, no es necesario que se establezcan como empresa de SPD pero quedan bajo la regulación de las comisiones y bajo la inspección, el control y la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Municipios de manera directa: El numeral 3 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 ha señalado que los municipios podrán a través de la Administración Central prestar los servicios públicos, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen. En estos casos, se deberá seguir lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.
- Comunidades Organizadas: La Ley 142 de 1994 en el numeral 4 del artículo 15 ha autorizado a estas organizaciones para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas⁵⁴, obedeciendo a las condiciones de participación establecidas por el Legislador para garantizar la igualdad real y efectiva.
- Empresas Industriales y Comerciales del Estado: El legislador, partiendo de la premisa de que las empresas de servicios públicos debían ser rentables, consideró indispensable una transformación empresarial, en el sentido de que todas las empresas debían conformarse por acciones. Sin embargo, el

⁵⁴ Las Comunidades Organizadas como prestadores de servicios públicos domiciliarios, han sido desarrolladas en el artículo 93 de la Ley 388 de 1997, en el cual se definió qué se entendía por Municipios Menores, esto es, los de categorías 5 y 6; y por la Corte Constitucional en la sentencia C – 741 del 28 de agosto de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda.

legislador en el Parágrafo 1° del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 180 de esta ley igualmente dio como alternativa para aquellos que no quisieran conformarse como una sociedad por acciones, el que decidieran dentro de un plazo inicial de 2 años, ampliado a 18 meses más por la Ley 286 de 1996, la calidad de empresa por acciones o de empresa industrial y comercial del Estado. Es así como el numeral 5° del artículo 15 de la Ley 142 se refiere a entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante la transición prevista en esta ley, y el numeral 6° señale a las entidades descentralizadas que estén prestando servicios públicos para el momento de la expedición de la ley 142 y que opten por la forma de empresa industrial y comercial del Estado. En la actualidad, y debido a la transitoriedad de la norma que autorizaba las empresas industriales y comerciales del Estado, sólo se permiten las sociedades oficiales, privadas o mixtas.

- Empresas de servicios públicos oficiales: El numeral 5° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las define como aquellas empresas cuyo capital o patrimonio estatal sea el 100%.
- Empresas Privadas: El numeral 7° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las define como aquellas empresas cuyo capital mayoritariamente pertenece a los particulares o cuyo capital público sea menor del 50%.
- Empresas Mixtas: El numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las define como aquellas empresas cuyo capital público sea igual o mayor al 50%.

3.2.2 Discusión sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas

En materia de empresas de servicios públicos, concretamente en cuanto a las mixtas, se ha presentado una importante discusión en relación con la verdadera naturaleza jurídica de estas empresas, que procederemos a exponer.

3.2.2.1 El tema en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998

En primer lugar, la Ley 489 de 1998 *“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”* en relación con el ejercicio de la función administrativa y la estructura de la Administración Pública, señala en su artículo 38, que sólo las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial pertenecen al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público.

El artículo 38 consagra lo siguiente, *“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”.*

3.2.2.2 Decisión de la Corte Constitucional frente el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 – Sentencia C/953 de 1999

Al año siguiente, la Corte Constitucional en la sentencia C – 953 de 1999, al declarar la inexecutable del inciso 2 del artículo 97 de la ley 489 de 1998 (el cual disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50% del capital social), señaló que bastaba la presencia de un peso público para que la sociedad de servicios públicos fuera de carácter mixta.

Al respecto, consideró la Corte que *“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 decirlo 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.*

... Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda 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.

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 legislativa⁵⁵.

Con esta sentencia entonces, ya no era necesario que el capital oficial correspondiera al 50% del capital de la empresa, sino que podía considerarse una sociedad como mixta con el solo hecho de coexistir capitales privados con capitales estatales, sin importar el porcentaje de participación de los entes

⁵⁵ Sentencia C - 953 del 1 de diciembre de 1999, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

públicos en la formación de tal empresa; y en este sentido, pertenece a la estructura del Estado y adquiere la calidad de empresa oficial.

3.2.2.3 Sentencia T – 1212 de 2004

Ahora bien, en el año 2004, la Corte Constitucional en la sentencia T – 1212 se preguntó si al amparo de la normatividad vigente, esto es, Ley 142 y 143 de 1994 y Ley 689 de 2001, las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios se consideran entidades públicas de la rama ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, o por el contrario, su naturaleza jurídica corresponde a entes societarios de origen privado.

Para ello, la Corte recalcó lo señalado en el artículo 14.6. de la Ley 142 de 1994, en el sentido de que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

Adicionalmente, la Corte señaló 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.

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 privado⁵⁶”.

En consecuencia, la Corte consideró en esta sentencia de tutela que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios se matriculan dentro del catálogo de personas jurídicas de naturaleza privada, puesto que según la Ley 489 de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan sólo 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; quedando por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público, las otras dos modalidades, esto es, las empresas mixtas y las privadas, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado.

3.2.2.4 Posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado

Por su parte, en un fallo del 17 de noviembre de 2005, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 5 del Consejo de Estado se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, cuando debió analizar que una de las causales de inhabilidad para ser inscrito como candidato o elegido concejal municipal o distrital es el haber celebrado o intervenido en la celebración de contratos, que deben ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, con entidades públicas.

⁵⁶ Sentencia T – 1212 del 3 de diciembre de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

En su momento, la Sala consideró que el problema que le correspondía definir consistió en determinar si la empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, en el caso concreto de la demanda, era una entidad pública.

Para tal efecto, tuvo en consideración lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de que son empresas de servicios públicos las empresas industriales o comerciales del Estado o las sociedades por acciones, del orden nacional, departamental o municipal, que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, examinó el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994 el cual indica que una empresa de servicios públicos es mixta cuando el 50% o más de su capital está constituido por aportes estatales.

Igualmente, tuvo en consideración el artículo 2° de la Ley 489 de 1998 sobre la estructura de la Administración Pública, resaltando el que la presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la prestación de servicios públicos.

A su vez, hizo uso del artículo 39 de la aludida ley al establecer que la Administración Pública se integra por entidades de naturaleza pública que de manera permanente tiene a su cargo la prestación de servicios públicos.

Y aunque las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no fueron mencionadas o definidas en las disposiciones anteriores como entidades públicas, el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1° literal a), señaló que son personas jurídicas en donde la participación de aportes en su mayoría es estatal.

Así, la Sala del Consejo de Estado concluyó en esta oportunidad que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios tienen la categoría de entidades estatales, agregando que *“es incuestionable que las empresas mixtas*

prestadoras de servicios públicos, dada la participación mayoritaria del capital estatal, como en el caso sub-lite que corresponde al 99% y la naturaleza de su actividad (prestadora de servicios públicos domiciliarios), de interés general e inherente a la finalidad social del Estado que desarrollan (Artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política), están vinculadas a la Administración Pública, y por ende, deben ser catalogadas como entidades estatales⁵⁷.

3.2.2.5 Posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado

De la misma manera, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera⁵⁸, al conocer del recurso de anulación contra un laudo arbitral, a raíz de un conflicto contractual entre Corelca S.A. ESP (empresa mixta) – Termobarranquilla S.A. ESP (empresa privada), ratificó de manera bastante detallada el día 2 de marzo de 2006, que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios con dinero estatal son estatales, descentralizadas y pertenecientes a la Rama Ejecutiva.

El Consejo de Estado encontró absolutamente necesario examinar la naturaleza, pública o no, de las empresas mixtas prestadoras de SPD para poder determinar si era competente o no para conocer del recurso de anulación en contra del laudo arbitral.

Para ello, procedió a exponer dos tesis que se han ofrecido a solucionar este problema, así:

⁵⁷ Fallo del 17 de noviembre de 2005, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 5 del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa.

⁵⁸ Es de advertir que la Sección Tercera del Consejo de Estado no sólo se había pronunciado en esta oportunidad con la sentencia del año 2006, sobre la naturaleza de las empresas de SPD de carácter mixta, pues ya lo había hecho con anterioridad en la sentencia del 9 de Marzo de 2000, Exp. 16661 Electranta - Termorío; en la sentencia del 8 de febrero de 2001 Exp. 16661 Electranta-Termorío; y en la sentencia del 6 de junio de 2000 Exp. 20634 Telecom-Nortel Networks de Colombia S.A.

“La tesis negativa señala que las empresas de SPD, de carácter mixto, no son entidades estatales y por tanto no pertenecen a la estructura del Estado, sencillamente porque no se encuentran enunciadas en los artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1998. Esta posición considera que las entidades allí enunciadas son las que integran la estructura de Estado, y como quiera que sólo se mencionan las “empresas oficiales” de SPD, no las empresas mixtas -y desde luego que tampoco las privadas-, entonces éstas no integran la rama ejecutiva del poder público...”

La tesis positiva, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones:

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 (literal f del artículo 38), 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 distingan 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 concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado. (Remito a lo expuesto en el presente trabajo).

*Encuentra la Sala que, el inciso 2 declarado inexecutable, no se distingue, en lo sustancial, del actual artículo 14.6 de la ley 142 (el cual exige el 50% o más de capital estatal). 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. (Resaltado fuera de texto).*

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.” 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, ordenanzal, de acuerdo o equivalentes, para ser creada.

De allí que la Sala entienda que la referencia expresa, 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 la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004- 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 (refiriéndose a la libertad de configuración legislativa en materia de régimen jurídico. Ver lo expuesto en el presente trabajo).

En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de SPD pertenecen a la estructura del Estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la Ley 489 de 1998⁵⁹.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, con fecha de 2 de marzo de 2006. Expediente 29703. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

3.2.2.6 Posición de la Corte Constitucional en Auto 113 de 2006

Días posteriores al anterior fallo del Consejo de Estado, la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 113 del 29 de marzo de 2006, confirma la idea de que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son entidades descentralizadas – públicas, cuando resuelve el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Civil Municipal de la Mesa - Cundinamarca y el Juzgado Civil del Circuito de la misma localidad, con ocasión de la acción de tutela promovida contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.P.S, de carácter mixta.

Para ratificar lo expuesto por el Consejo de Estado, la Corte resuelve el conflicto de competencias atendiendo a criterios de celeridad, señalando que teniendo en cuenta el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994, *“la Nación de conformidad con el Decreto 1616 de 2003 y el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, suscribió y pago más del 50% de las acciones del capital autorizado de la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. En consecuencia dicha empresa hace parte de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y por consiguiente de las entidades de carácter descentralizado por servicios del orden nacional, de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998”*⁶⁰.

3.2.2.7 Ratificación y reiteración de la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Un mes después, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2006, debió analizar la competencia para conocer del recurso de anulación del laudo arbitral proferidos para dirimir litigios derivados de un contrato celebrado entre un particular y una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto - como lo es la ETB

⁶⁰ Sala Plena de la Corte Constitucional en Auto 113 del 29 de marzo de 2006, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

SA ESP.

En el caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado reitera que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son públicas, y expone todo lo señalado por dicha corporación, el día 2 de marzo de 2006 para el caso de Corelca – Termobarranquilla.

Finalmente y el más reciente pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios es el de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de Agosto de 2006, donde dicha Corporación señala que la jurisdicción competente para conocer de las controversias por medio de acciones de grupo, donde sea parte una empresa de servicios públicos mixta, es la Contenciosa Administrativa, en virtud de que dichas empresas de carácter mixta son entidades estatales.

Para el efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado procedió a resolver el litigio contra la empresa EMGESA S.A. E.S.P. y CHIVOR S.A. E.S.P, en los siguientes términos:

“La Ley 472 de 1998, en su artículo 50, consagra las reglas que permiten determinar la jurisdicción competente para conocer de las acciones de grupo:

*“Artículo 50. Jurisdicción. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las **entidades públicas** y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.*

“La jurisdicción ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo.” (resaltado fuera de texto).

Revisado el expediente, observa la Sala que no le asiste razón a Suramericana de Seguros S.A. al afirmar que EMGESA S.A. E.S.P. no es una entidad pública, pues, según sus estatutos, ésta es una sociedad comercial por acciones, del tipo de las anónimas, constituida como empresa de servicios públicos conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 (folio 91), en la que la Empresa de Energía de Bogotá tiene participación accionaria. Lo anterior quiere decir que, EMGESA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto⁶¹.

A reglón seguido, hace uso de las normatividades y argumentos expuestos por esta misma Corporación en el caso Corelca S.A. ESP – Termobarranquilla S.A. ESP (expuestos en el presente trabajo) donde se concluyó que las empresas mixtas son entidades estatales y públicas; y de conformidad con ellos, la Sala concluye en el caso concreto, que EMGESA S.A. E.S.P. es una entidad pública y que, es la jurisdicción contencioso administrativa, la competente para conocer de la acción de grupo iniciada en su contra⁶².

Finalmente, la Sala manifiesta que *“CHIVOR S.A. E.S.P. es una sociedad en comandita por acciones, constituida como empresa de servicios públicos, en la que no hay participación accionaria del sector público. En esta medida, de una demanda intentada únicamente en contra de CHIVOR S.A. E.S.P., no podría conocer la jurisdicción contencioso administrativa, pero dado que, en el presente caso, se está demandando también a una entidad pública y que, la causa de los diversos daños antijurídicos que aducen los actores en la demanda, es la misma*

⁶¹ Sentencia del 2 de Agosto de 2006 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁶² La doctora Ruth Stella Correa Palacio se aparta de la decisión mayoritaria de la Sala del Consejo de Estado, señalando que “mi dissentimiento con la providencia estriba en que entiendo que la jurisdicción contencioso administrativa no es la competente para conocer de acciones de grupo interpuestas contra empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, y entonces debió declararse la nulidad de todo lo actuado en los términos del artículo 140-1 del C. de P. Civil, y enviarse el proceso a la justicia ordinaria, opinión que fundamento en lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 472 de 1998”.

respecto de CHIVOR S.A. E.S.P. y de EMGESA S.A. E.S.P., se da aplicación a la figura del fuero de atracción, y es así como debe esta jurisdicción, conocer de la presente acción de grupo”.

3.2.2.8 Posición Personal

Personalmente, se comparte la tesis expuesta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, reiterada en varias oportunidades, en relación con que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixtas, no sólo son entidades descentralizadas, públicas y estatales; sino que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, en tanto el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 estableció claramente en su literal f, 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. De manera que, no había motivo para excluirlas de la rama ejecutiva, al existir entre ellas una relación de género – especie.

Ahora bien, una vez planteadas las posiciones jurisprudenciales existentes en relación con la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios -a propósito del tema eje de este capítulo, esto es, el régimen jurídico de las empresas prestadoras- procederemos a exponer cómo en dicha materia existen igualmente otras discusiones cuando se afirma equivocadamente que el régimen jurídico es predominantemente de Derecho Privado.

Si bien es cierto que la Ley 142 de 1994 ha establecido que el régimen jurídico de las empresas es de derecho común, también es cierto que la ley ha consagrado diversas excepciones a esta regla, originando serias confusiones, las cuales trataremos de desarrollar a continuación.

3.2.3 Régimen de Actos

La regla general, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 es que los actos expedidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por el Derecho Privado y por la propia ley.

En efecto, el artículo 32 señala que “salvo en cuanto a 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 de la capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

Sin embargo, a partir del fallo S – 701 de 1997 del Consejo de Estado, se han venido señalando excepciones a los actos del artículo 32, los cuales se regirán por el derecho público y administrativo.

Al respecto, señaló el Consejo de Estado que *“el art. 32 (“régimen de derecho privado para los actos de las empresas”) consagra directamente, sin las sinuosidades del art. 31, el derecho privado como el apropiado exclusivamente para la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, pero olvida que con esa advertencia entra en contradicción con otros principios de la misma ley que muestran un régimen jurídico diferente con predominio del derecho público, aplicable a ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución*

*del contrato, como son los actos administrativos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación dictados por dichas empresas*⁶³.

Entre las excepciones más relevantes se tienen:

- Actos administrativos susceptibles de acciones contenciosas administrativas y de recursos de reposición ante la persona o entidad que los dicte (sea pública o privada) y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, relacionadas con las controversias entre el usuario y la empresa, entre los cuales pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan suspensión, terminación, corte y facturación, en los términos del artículo 154 de la Ley 142 de 1994.
- Los actos expedidos en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 33 de la ley 142 de 1994⁶⁴: Todos actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: espacio público, servidumbres, enajenación forzada de bienes que se requieran para la prestación del servicio, ocupación temporal de inmuebles; temas regulados en los artículos 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142 de 1994.
- La utilización de cláusulas exorbitantes en los contratos que las consagren, se hace a través de expedición de actos administrativos.
- En los casos en los que el Municipio quiere entregar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a través de licitación pública, la adjudicación se

⁶³ Sentencia S - 701 de 23 de septiembre de 1997 de la Sala Plena del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁴ Es de advertir que la Corte Constitucional en la sentencia C – 558 del 31 de mayo de 2001 con ponencia del Magistrado Jaime Araujo, retomando providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado como la del 18 de marzo de 1999 Exp. 15685 y la del 27 de enero de 2001 Exp. 16708, ha precisado la competencia que en dichas materias tendrán la Nación y los Entes Territoriales.

hace a través de actos administrativos, y sería objeto de la jurisdicción administrativa.

- Todos los actos y procedimientos a que se refieren los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994, Título VII, Capítulo II: De los Procedimientos Administrativos para Actos Unilaterales, al regular temas como: Aplicación de las reglas del Capítulo, Citaciones y Comunicaciones, Período Probatorio, Funcionario para la práctica de pruebas y decisión de recursos, Impedimento y Recusaciones, Oportunidad para decidir, Notificaciones, Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas, Presentaciones Personales, y Procedimientos con el Superintendente de Servicios Públicos.

3.2.4 Régimen de Contratos

Los contenidos de los artículos 30, 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 manifiestan la voluntad legislativa de que en el giro ordinario de los asuntos empresariales se apliquen reglas de derecho privado y no público en las relaciones jurídicas, en la medida en que se busca permitir a los operadores públicos concurrir en condiciones de igualdad a los escenarios competitivos.

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, señala que *“los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”*.

La regla general para el régimen jurídico de los contratos⁶⁵, es entonces, al parecer, la aplicación del derecho privado a los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, pero se consagran igualmente múltiples excepciones, donde tendría aplicación el Derecho Público – Administrativo. Veamos:

- Según el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, los contratos en los que se incluyan, por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, cláusulas exorbitantes tendrá el contrato un régimen mixto, ya que las cláusulas exorbitantes se someten a la Ley 80 de 1993, mientras que el resto del contrato se rige por el derecho privado. Y en el evento en que surjan controversias sobre estas cláusulas exorbitantes, sobre éstas se aplicará el derecho administrativo.
- El Parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 consagra una excepción al derecho privado en materia de contratos, pues aquellos contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman o sustituyan la prestación de uno o de varios servicios públicos, se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en todo caso la selección debe realizarse por licitación pública según la Ley 80 de 1993.
- El artículo 35 de la Ley 142 de 1994 configura otra excepción al derecho privado, en tanto que las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en el mercado, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia en igualdad de condiciones. Incluso las comisiones de regulación

⁶⁵ Sobre este tema, resulta bastante ilustrativa la sentencia del Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, con fecha de 12 de agosto de 1999. Expediente N° 16.446. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

podrán exigir que se celebren previa licitación pública (Ley 80 de 1993) o por medio de otros medios que estimulen la concurrencia de oferentes.

- Los contratos de concesión a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, esto es, recursos naturales o del medio ambiente, aguas y espectro electromagnético, los cuales se regirán por la Ley 80 de 1993 y leyes especiales.
- El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 consagra la figura de “Áreas de servicio exclusivo”, en los que por motivo de interés social y con propósitos de que la cobertura de los servicios públicos se pueda extender a las personas de menos ingresos, se podrá mediante invitación pública o licitación, establecer áreas de servicio exclusivo, sin la competencia de ninguno otro prestador por un período determinado. Los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse dichos contratos son definidas por las Comisiones de Regulación, a través de resoluciones que son típicos actos administrativos.
- El artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994 señala que los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, se les aplicarán las reglas de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes. Así, estos contratos configuran otra excepción al derecho privado, teniendo presente lo señalado en la sentencia del Consejo de Estado sobre las inhabilidades y las empresas mixtas, donde se concluyó que en efecto tienen la calidad de entidades estatales, y por ende, sujetas a las reglas de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, es decir, derecho público y administrativo.
- El contrato de condiciones uniformes o de servicios públicos, a pesar de ser un contrato consensual según el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, se trata como otra excepción de los contratos regidos por el derecho privado, el cual se somete a una intervención especial por parte del Estado, además del régimen

mixto atribuido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos: *“Y el contrato tipo de mayor relevancia en la ley 142, el previsto en el art. 128, denominado contrato de servicios públicos (contrato empresa - usuario), se rige, por lo dispuesto en dicha ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las reglamentaciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del código de comercio y del código civil; vale decir, tanto por el derecho privado como por el derecho público”*⁶⁶.

*“Que, en cambio, el contrato de servicios públicos, 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 conmutados, 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 presentan 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 de 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 contrato 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”*⁶⁷.

Es así entonces como el Consejo de Estado reconoció que en materia de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, existe

⁶⁶ Sentencia S - 701 de 23 de septiembre de 1997 de la Sala Plena del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁷ Ibid.

una dualidad de derechos, entre el público y el privado, cuando señaló que *“finalmente, y pese a la insistencia de la ley 142 en el sentido de señalar el derecho privado como el aplicable en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cabe recordar que dichas empresas tienen, como lo dice la misma Corte Constitucional en su sentencia de 13 de junio de 1996 (C - 263, exp. 1059), derechos y prerrogativas de autoridad pública, propias del derecho público; tal como se infiere de las facultades especiales que la ley otorga a dichas empresas en el art 33, en armonía con los arts 56, 57, 116, 117 y 118 de la misma ley.*

En síntesis, puede aceptarse que pese a la insistencia de la ley en el sentido de que los actos y contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios estarán sometidos al derecho privado, la realidad que muestra la interpretación armónica de la ley en concordancia con la carta es otra, porque:

a) El régimen jurídico del contrato de servicios públicos, como lo dice la Corte en la sentencia antes citada (C - 066 de 1997), nunca será puro, sino más bien de derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin destacar dada la calidad de dicho sujeto, que se puede dar la prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro". O, en otras palabras, como lo sostiene el Dr. Gabriel Jaime Velásquez R. en su ensayo publicado en la Revista Jurídica de las Empresas Varias de Medellín, su régimen es especial. Esta autor luego de encontrar la justificación a su aserto en el análisis de las cláusulas exorbitantes (inc 2º del art 31 de la ley 142), los sistemas de selección de los contratistas regulados en el art 35 y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el art 44.4, anota:

"Bajo las consideraciones expuestas atrás, podemos entonces concluir que la dicotomía tradicional entre el derecho público y el derecho privado ha declinado sus fuerzas en el régimen especial de contratación de los servicios públicos

domiciliarios, no sólo para delimitar sus órbitas de acción sino para confluir ambos en un régimen que bien podría erigirse como especial"

*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 1º del art 154 de la misma ley*⁶⁸.

3.2.5 Régimen Laboral

El artículo 41 de la Ley 142 de 1994 establece que *“las personas que prestan sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el artículo 5 del Decreto – Ley 3135 de 1968*⁶⁹”, esto es, para las empresas industriales y comerciales del Estado que se tratarían como trabajadores oficiales, salvo los de dirección y confianza, que según los estatutos de la respectiva empresa considere como empleados públicos.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ En sentencia C – 253 del 6 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, se declaró inexecutable la parte del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 que remitía al inciso primero del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, relativo a los empleados públicos. La Corte consideró que el artículo 41 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 referente a los empleados públicos, y no al inciso 2º de dicho artículo que consagra a los trabajadores oficiales, desconoce el derecho de igualdad de quienes prestan sus servicios a las EICE, por cuanto éstas vinculan mayoritariamente a trabajadores oficiales, y de manera excepcional de acuerdo a sus estatutos, a empleados públicos.

La ley no estableció expresamente el régimen en materia laboral para las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, dejando así un vacío en la materia.

Sin embargo y atendiendo a que el régimen de sus servidores es asimilable al de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y a que las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, en virtud de lo estipulado en el literal d) del artículo 38 y del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, se aplicará el mismo régimen laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (sus servidores públicos serán trabajadores oficiales y sólo serán empleados públicos los que ocupen los cargos de dirección y confianza que los estatutos señalen).

3.2.6 Régimen de Responsabilidad Extracontractual

3.2.6.1 Tesis del Consejo de Estado

Para la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los eventos en los que se produzcan daños relacionados con servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad extracontractual será objeto del Derecho Privado y por ende, de la Jurisdicción Ordinaria.

Lo anterior, lo evidencian varios pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de que para la resolución de controversias por responsabilidad extracontractual, se han asignado estos asuntos a la Jurisdicción Ordinaria.

Por ejemplo, el 17 de febrero de 2005, la Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, pues éste decide

rechazar la demanda de reparación directa instaurada contra Telecom, por considerar que esta Corporación carecía de jurisdicción para avocar el conocimiento del presente asunto, correspondiéndole a la Jurisdicción Ordinaria.

Para resolver el conflicto de competencias entre ambas jurisdicciones, la Sección Tercera tuvo como referente normativo el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, el cual señala que *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades pública y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*, y con base en éste concluyó que la responsabilidad extracontractual era asunto de la Jurisdicción Ordinaria.

Adicionalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que *“la Sala, en otras oportunidades, se ha pronunciado sobre la falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las demandas de reparación directa presentadas contra las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Al respecto, se destaca lo siguiente, a simple título de ejemplo:*

“Como en el presente caso se demanda a las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. por una falla del servicio, la demanda debió ser presentada ante la justicia ordinaria tal como lo establece el artículo 32 de la ley 142 de 1994, ya que no encaja dentro de aquellos supuestos excepcionales que corresponde conocer a esta jurisdicción”.

El artículo 32 de la ley 142 de 1994 establece que “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". Así, conforme al pronunciamiento citado, y a otros que adoptan idéntica decisión, la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer las demandas por responsabilidad extracontractual presentadas contra una empresa de servicios públicos domiciliarios se deriva del hecho de que el régimen a ellas aplicable es el de derecho privado.

En materia extracontractual, no hay una norma expresa, como se expondrá a continuación, que determine cuál es la jurisdicción competente para conocer tales controversias. Esa es la razón para que la Sala aborde, de nuevo, el tema, partiendo de la tesis según la cual, en virtud del art. 32 de la ley 142, las demandas presentadas contra empresas de servicios públicos deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria.

La conclusión que haya de adoptarse amerita, precisamente, el siguiente análisis:

El decreto 3130 de 1968 establecía, en su artículo 31, que la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgieran con ocasión de la actividad comercial e industrial de estas empresas era la ordinaria, y las que se originaran en desarrollo de funciones públicas eran de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tratándose de la responsabilidad extracontractual, derogado el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, que establecía la competencia de manera clara, no existe una norma legal expresa; por ello, es menester acudir, en orden a definir los asuntos que son de conocimiento de esta jurisdicción, al artículo 82 del C.C.A., como aquí se ha hecho, para establecer, en cada caso, si se trata de una controversia o litigio administrativo, de acuerdo con lo aquí expuesto.

En el subjuice, la controversia surge por los daños causados a un particular como consecuencia falta de mantenimiento de unos cables telefónicos, por lo que no se

presenta el ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que corresponda al ejercicio del poder público; en consecuencia, la controversia que se está planteando no es, de acuerdo con el art. 82 C.C.A., competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que la misma debe ser resuelta por la jurisdicción ordinaria, conforme al artículo 16 del C.P.C”⁷⁰.

Por su parte, en la sentencia del 1 de marzo de 2006, la Sección Tercera igualmente manifiesta que la jurisdicción competente para asuntos de responsabilidad extracontractual es la ordinaria. Sin embargo, como en el caso concreto, se demandó a una Empresa Industrial y Comercial del Estado que se transformó en empresa de servicios públicos domiciliarios, de manera conjunta con entidades estatales, se concluyó que la jurisdicción competente era la Contenciosa Administrativa, atendiendo al fuero de atracción.

Dijo la Sección Tercera que *“debe anotarse que al momento del hecho, 30 de noviembre de 1994, la Empresa de Energía de Bogotá era una empresa industrial y comercial del Estado del orden distrital, y que se transformó, en junio de 1996, en la Empresa de Energía de Bogotá S.A., E.S.P., de acuerdo con el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 57, cuaderno 1). Para la misma época se encontraba vigente el artículo 31 del decreto 3130 de 1968, que establecía que la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgieran con ocasión de la actividad de las empresas comerciales e industriales del Estado y sociedades de economía mixta era la ordinaria, salvo las que se originaran en desarrollo de funciones públicas que eran de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, norma que fue derogada, de manera expresa, por el artículo 121 de la ley 489 de 1998, cuando ya regía la ley 142 de 1994.*

⁷⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 17 de Febrero de 2005. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Al tratarse de un caso de responsabilidad civil extracontractual de una empresa industrial y comercial del Estado que se transformó en empresa de servicios públicos domiciliarios, en cualquiera de los dos situaciones, su conocimiento correspondería a la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la norma vigente al momento de la demanda y con jurisprudencia reciente de la Sala; en todo caso, la demanda fue presentada conjuntamente contra el Ministerio de Minas y Energía y las superintendencias de industria y comercio y servicios públicos, por lo que, desde un principio, era aplicable el llamado fuero de atracción. En virtud de dicha figura, al presentarse una demanda de forma concurrente contra una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, y contra otra entidad, en un caso en el que la competencia corresponde jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de las dos demandada”⁷¹.

Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 30 de marzo de 2006, se pronunció sobre el régimen de la responsabilidad extracontractual, a partir de la acción de reparación directa que se promovió contra una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, esto es, contra la Electrificadora de Sucre S.A. E. S. P., haciendo un análisis muy similar al realizado en la sentencia del año 2005.

Allí, el Consejo de Estado concluyó igualmente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias sobre la responsabilidad extracontractual era la Jurisdicción Ordinaria, en la medida en que, al no regular de manera expresa la Ley 142 de 1994 el régimen de dicha responsabilidad, se tendría como único referente lo señalado en esta ley sobre el régimen jurídico de los SPD, esto es, el derecho privado.

⁷¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, con fecha de 1° de Marzo de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Señaló la Sección Tercera que *“el asunto planteado en el recurso atañe con el interrogante relativo a si en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo recae el conocimiento de una demanda en la cual la conducta demandada es un hecho dañino producido con una cosa destinada a la prestación del servicio domiciliario de aseo (camión recolector de basura).*

Y como la ley especial sobre servicios públicos domiciliarios no contiene norma sobre la atribución judicial de conocimiento sobre hechos extra contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como es el demandado, puede concluirse con base en las tareas legales que tiene el demandado de prestador de servicio público domiciliario que su juez natural es la justicia ordinaria (observación positiva) y que no es la justicia contencioso administrativa (observación negativa).

La conclusión de falta de jurisdicción conduce a la Sala, necesariamente a definir que el presente proceso en el cual se discute la responsabilidad extracontractual de la Administración por los hechos arriba en comento es de conocimiento de la justicia ordinaria”⁷².

3.2.6.2 Tesis del Consejo Superior de la Judicatura

Tesis distinta ha sostenido la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien atendiendo a lo establecido en la última parte del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, esto es, *“... pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y **responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos**”*, ha considerado que la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual, es la Contenciosa Administrativa.

⁷² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, con fecha de 30 de marzo de 2006. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

En efecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en sentencia del 28 de enero de 2004, haciendo uso de los artículos 82, 83 y 86 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, concluyó que la jurisdicción competente para estos asuntos es la Contenciosa Administrativa. Al respecto, manifestó que *“el artículo 82 estipula que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en las actividades de las entidades públicas y de personas privadas que desempeñen funciones propias 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.*

Norma que sin duda alguna tienen aplicación en el presente caso, en donde se debate la presunta responsabilidad extracontractual del Municipio de Santiago de Cali, entidad pública que arrastra por el fuero de atracción a las empresas municipales de Santiago de Cali.

Los artículos 83 y 86 del C.C.A por su parte, consagran ‘que la persona interesada podrá demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, o una omisión’, normas legales que encuentran su fundamento constitucional en los artículos 2 y 90 los cuales consagran la teoría general de la responsabilidad estatal.

El artículo 33 de la Ley 142 de 1994, el cual consagra que ‘quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otra anteriores confieren pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos’.

Lo anterior nos indica claramente que cuando se debate la presunta responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali E.S.P, por acción o por omisión, como consecuencia de su actuar... es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, por tratarse de una disposición especial (artículo 33 de la Ley 142 de 1994), debe dársele aplicación..”⁷³.

Por su parte, la misma corporación en sentencia del 11 de marzo de 2004 reitera lo dicho anteriormente, cuando señala que *“la norma anterior (artículo 33 de la Ley 142 de 1994) está indicando que cuando se debate la presunta responsabilidad patrimonial de una empresa de servicios públicos domiciliarios, por acción u omisión, como consecuencia de su actuar, es de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”⁷⁴.*

Los mismos argumentos y sustentos normativos utilizan la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura en las sentencias del 17 de marzo de 2004⁷⁵ y del 6 de diciembre de 2004⁷⁶, para concluir que la competencia en materia de responsabilidad extracontractual es de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto, participamos de la tesis manifestada por el Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a que la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad extracontractual es la Contenciosa Administrativa no sólo en virtud

⁷³ Sentencia del 28 de enero de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

⁷⁴ Sentencia del 11 de marzo de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

⁷⁵ Sentencia del 17 de marzo de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

⁷⁶ Sentencia del 6 de diciembre de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia del Magistrado Temístocles Ortega Narváez.

de lo consagrado en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 sino por estar involucrados servicios públicos domiciliarios, y por ende, derechos fundamentales, colectivos y generales.

3.2.7 Jurisdicción Competente

La regla general de que tanto los actos como los contratos relativos a la actividad de los prestadores de servicios públicos domiciliarios estarán sometidos a un régimen de derecho privado, y sea la jurisdicción competente para dirimir las controversias que alrededor de ellos surjan, la jurisdicción ordinaria, existen en este campo también múltiples excepciones que permiten afirmar la vigencia del juez administrativo en temas de servicios públicos domiciliarios.

La jurisdicción ordinaria no será competente para conocer de las controversias surgidas con ocasión de aquellos actos y contratos que se rigen por el derecho administrativo, siendo entonces de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa⁷⁷. Estas son las excepciones más relevantes y significativas que se han establecido:

- Actos administrativos susceptibles de recursos y de acciones contenciosas administrativas, entre los cuales pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación.
- Los actos expedidos en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142 de 1994.

⁷⁷ Sobre este tema puede verse la sentencia del Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, con fecha de 12 de agosto de 1999. Expediente N° 16.446. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

- Las controversias que surjan entre empresa y usuario en la ejecución del contrato de servicios públicos definido por el artículo 128 de la Ley 142 de 1994.
- Los contratos de concesión a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994.
- Los contratos en los que se incluyan, por imposición o autorización de las comisiones de regulación, cláusulas exorbitantes.
- Los actos de adjudicación de contratos que hayan sido resultado de un licitación pública.
- Responsabilidad extracontractual, según decisión del Consejo Superior de la Judicatura⁷⁸.

3.3 NI PÚBLICO NI PRIVADO; MIXTO Y COMPLEMENTARIO

Una vez examinado el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en especial, el de las empresas, podemos considerar que independientemente del grado de participación privada, el Estado mantiene responsabilidades indelegables en el conjunto de estrategias orientadas a garantizar a la población, igualdad de oportunidades para disminuir la inequidad y eliminar la pobreza como objetivo central de la política social.

De la misma manera, puede afirmarse sobre la naturaleza del marco jurídico en el que se desenvuelve el régimen de los servicios públicos domiciliarios, que más

⁷⁸ Sentencias del 28 de enero de 2004, 11 de marzo de 2004, 17 de marzo de 2004 con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto, y sentencia del 6 de diciembre de 2004 con la ponencia del Magistrado Temístocles Ortega Narváez de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

que tensiones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, se presenta una complementación de ambos derechos; pues es de enfatizarse la importancia que el constituyente dio a la participación del sector privado en los servicios públicos domiciliarios, pero de otro lado, la característica de esencial y de inherencia de la noción de servicio público dentro de un Estado Social de Derecho.

Al respecto, llama notoriamente la atención la conclusión a la que llega el distinguido autor Hugo Palacios Mejía⁷⁹ sobre la discusión de si el régimen jurídico de los SPD es de Derecho Privado o de Derecho Público, pues las ideologías caracterizadoras de este académico han sido marcadamente privatistas.

En efecto, Palacios se ha inclinado por la primacía del Derecho Público cuando señala que *“la regulación del sector de servicios públicos hecha por la Ley 142 de 1994, se caracteriza por la prevalencia de aquellas normas que, según la costumbre, se califican como de derecho público.”*

Sin embargo, la Ley muestra bien cómo, para resolver en forma pragmática un problema social (la necesidad de prestar en forma eficiente los servicios públicos a la población colombiana), el legislador utiliza de hecho, por encima de distinciones y fronteras artificiales, no sólo reglas vinculadas tradicionalmente al ‘derecho público’ sino otras que surgen de instituciones que la costumbre califica como ‘derecho privado’.

⁷⁹ En el documento “Derecho Público y Derecho Privado en los Actos y Contratos de las Empresas de Servicios Públicos”, Hugo Palacios Mejía, plantea en su escrito que al ser frecuentes en la Ley 142 de 1994 las alusiones al Derecho Público y al Derecho Privado, el tema se torna extenso y complejo. Sin embargo, el autor es claro en acoger el criterio Kelseniano, en el sentido de que el Derecho es uno solo, que hay unidad de naturaleza en todo el derecho que produce el Estado, que podría aceptar que todo ese derecho es “público” y que no hay buenos motivos filosóficos ni utilidad para mantener la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Pero para efectos del documento y de la exposición del tema, hizo la distinción entre ambos órdenes para señalar algunas de las consecuencias de esa distinción en el contexto de la Ley 142 de 1994.

El derecho es uno solo; de modo que la utilidad de mezclar ambos tipos de reglas debe juzgarse sólo, con el paso del tiempo y en la medida en que las normas se apliquen, por su capacidad de producir los efectos sociales que buscó el legislador”.

Concluye Palacios señalando que *“no es difícil afirmar, entonces, que la Ley 142 de 1994 somete, ante todo, a reglas de derecho público el sector de los servicios públicos, cuando la expresión ‘derecho público’ se entiende dentro de las acepciones tradicionales”.*

Corroborando lo anterior, debe tenerse presente además, que el Derecho Público obviamente no sólo enmarca a la Constitución Política sino a las leyes que contienen mandatos de orden público, estableciendo un Derecho Legal y Reglamentario. Y aunque el régimen de servicios públicos da una relativa importancia al Derecho Privado, la hipótesis no es la residualidad del Derecho Público, puesto que es claro que el régimen tiene tanto de derecho privado como de derecho público, es decir, un régimen mixto.

En efecto, *“la separación absoluta entre lo público y lo privado, no es posible, pero esta aseveración no nos puede llevar a concluir que el derecho administrativo esté en vía de extinción. En realidad sucede todo lo contrario. El derecho administrativo está en un período de transición que fortalecerá su existencia.*

El error está en entender que el derecho común o privado, rige exclusivamente las relaciones jurídicas entre particulares y que el administrativo se ocupa solamente de aquellas en las que el Estado hace parte, pues no es así. En realidad, su diferenciación se encuentra en el tipo de relaciones jurídicas donde prime la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes o si, por el contrario, se trata de relaciones jurídicas intervenidas o reguladas por el Estado donde la libre disposición, tiene notorias limitaciones, o si se trata de relaciones donde prime la

prevalencia del interés general, y donde se admita el uso de prerrogativas y potestades públicas.

Más bien, la denominación “derecho administrativo”, obtiene en este contexto una nueva dimensión. Su núcleo no se encuentra en ser el derecho aplicable a la Administración, entendida por tal el Estado, desde el punto de vista orgánico, sino el aplicable a relaciones jurídicas en las que pueden ejercerse potestades públicas, ejercidas generalmente por el Estado, pero también por los particulares.

De idéntica manera sucede con el “derecho común o privado”, pues éste ha dejado de ser de exclusiva aplicación en las relaciones entre los particulares, porque también se aplica a las entidades estatales, cuando se busca que estas entidades actúen en un plan de igualdad con otros sujetos del derecho”⁸⁰. Tal debe ser el caso cuando el Estado incursiona en actividades comerciales e industriales en igualdad de condiciones con los particulares.

Así, más que debatirse en medio de las tensiones entre el derecho público y el derecho privado, los servicios públicos pertenecen a una nueva categoría híbrida entre el uno y el otro, que da nacimiento a una disciplina basada en la primacía de los derechos colectivos de los usuarios, pero gozando de la flexibilidad de lo empresarial.

Creemos que ya no es posible pensar en términos público/privado pues en la actualidad lo que tiende a imponerse son las diversas modalidades de interacción entre uno y otro sector, y en la distribución de riesgos entre los agentes, para dar paso a la participación de las comunidades.

⁸⁰ Tomado del documento para el curso de Servicios Públicos Domiciliarios suministrado por el profesor David Suárez Tamayo. Autor del Texto: Carlos Alberto Atehortúa.

Y como lo afirma el autor Atehortúa, *“los servicios públicos quedan entonces bajo una regulación de naturaleza mixta, pues a pesar de que se ha privatizado notoriamente el régimen aplicable a los diferentes agentes en materia de producción del bien objeto del servicio, de todos modos siendo como son los servicios públicos inherentes a la función social del Estado y correspondiéndole a éste garantizar su prestación universal en condiciones de eficiencia, debe, como en efecto se hace, intervenirlos, además de regularlos, vigilarlos, y controlarlos y esto lo hace a través de la expedición de reglas de connotación de derecho público”*⁸¹.

Queda claro entonces, que el Derecho Público – Administrativo sigue teniendo plena vigencia y aplicabilidad en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y aún, en el régimen específico aplicable a las empresas prestadoras, y que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo también sigue conociendo de múltiples controversias en las que se ven involucradas dichas empresas.

Vamos ahora, en el próximo capítulo, a abordar el tema del Usuario, desde una perspectiva específica y puntual: su participación en la gestión, regulación y control de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

⁸¹ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 1998. Medellín. p. 19.

4. PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LA REGULACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

4.1 LA PARTICIPACIÓN, UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Una vez examinados los elementos integrantes del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, consideramos pertinente dedicar un capítulo de este trabajo exclusivamente al tema del Usuario, concretamente su participación en tres aspectos fundamentales como la regulación, la gestión y el control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como uno de los múltiples componentes de dicho régimen.

Lo anterior, teniendo presente lo manifestado tantas veces en esta monografía, en relación con el pobre y tímido desarrollo de los derechos y mecanismos de participación de los usuarios a la luz de lo pretendido por la Constitución de 1991 y los principios del Estado Social de Derecho, como de democracia, participación y pluralidad.

El tema de la participación cobra bastante importancia en este contexto, no sólo porque todos los ciudadanos tienen el deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, porque el tema de la prestación de los servicios públicos domiciliarios se relaciona directamente con la salud y el bienestar de todas las personas que viven en comunidad, y porque las decisiones que se tomen en relación con dichos servicios afecta a todos sus habitantes; sino porque una de las formas de lograr la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, es la participación de los mismos usuarios en la gestión, regulación y fiscalización de las empresas que los prestan.

Así como es necesaria la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, igualmente es necesaria la participación de los usuarios en la regulación, gestión y control de los servicios públicos domiciliarios.

En este sentido, lo manifestó la Corte Constitucional en una de sus sentencias, cuando dijo que *“el concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.*

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por

*convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido*⁸².

Con lo anterior, la participación así concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, de forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social, especialmente al plano de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, “el hecho que la orientación constitucional del servicio público domiciliario tenga un carácter de servicio liberalizado, no puede de allí concluirse que el Estado deba desentenderse de la defensa de los derechos de los usuarios ante las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pues el Estado tal como se plantea en la Constitución, debe ser el garante de la regulación, control y vigilancia de la prestación de los mismos ya que siendo éste un Estado Social de Derecho, la idea de democracia participativa implica la intervención activa de los usuarios en la defensa de sus derechos y ello sólo es posible en la medida en que el Estado otorgue las herramientas jurídicas necesarias, para la protección y ejecución de éstos.

*Con ello, entonces, la participación ciudadana halla un sitio donde hacer valer sus derechos, convirtiéndose en uno de los pilares del Estado Social de Derecho que se quiere construir dentro de una perspectiva antropocéntrica, esto es, la persona como razón y medida de la existencia y gestión del Estado*⁸³.

⁸² Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸³ GIL ALZATE, Willington y ZAPATA MACIAS, Diana Cecilia. El usuario de los servicios públicos domiciliarios. Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. 2002.

La Constitución de 1991 da cuenta precisamente de los mecanismos de participación ciudadana en su artículo 40, el cual establece que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, ya sea eligiendo o siendo elegido, tomando parte en elecciones, plebiscitos, referendos o consultas populares, constituyendo partidos o movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, teniendo iniciativa en las corporaciones públicas y accediendo al desempeño de funciones y cargos públicos.

Igualmente, el artículo 103 de la Carta promociona la constitución de *“mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”*.

En materia de servicios públicos domiciliarios concretamente, el inciso 2 del artículo 78 de la Constitución señala que *“el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho, las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”*.

El artículo 106 de la Carta señala la posibilidad de los habitantes de las entidades territoriales de presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación pública, el cual, está obligada a tramitarlos; y de *“decidir sobre las disposiciones de interés de la comunidad a iniciativa de la autoridad o corporación correspondiente o por no menos del 10% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral, y elegir representantes en las Juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva”*.

El artículo 270 de la Constitución consagra que *“la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”*.

Finalmente, manifiesta el artículo 369 de la Constitución que *“la Ley determinará 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. Igualmente, definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”*.

4.2 LOS DERECHOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS

El Decreto 1842 de 1991⁸⁴ y la Ley 142 de 1994 de manera conjunta han igualmente desarrollado el tema, con la finalidad de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, atender sus necesidades básicas insatisfechas y proveer mecanismos que les garanticen el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

En efecto, el derecho a la protección de los usuarios ha sido consagrado como principio en el artículo 9 de la Ley 142 de 1994, el cual enuncia derechos como el de obtener una medición real de sus consumos, a la libre elección del prestador del servicio, a la obtención de bienes y servicios en cantidad y calidad superior a las proporcionadas por la empresa, a la obtención de información completa, precisa y oportuna; y demás derechos, mecanismos de defensa y reclamaciones ante los prestadores de estos servicios, consagrados en el Estatuto General del Usuario.

Hacen parte igualmente de los derechos de los usuarios, el derecho a los servicios públicos domiciliarios y a su prestación según los artículos 3 y 4 del Estatuto

⁸⁴ Es necesario advertir que para algunos, este decreto ha sido derogado por la Ley 142 de 1994 por regulación íntegra de la materia, pero aún así continúa siendo punto de referencia obligado cuando se habla de los derechos de los usuarios; además el artículo 9 de la Ley 142 de 1994 lo menciona expresamente, cuando dice que *“los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el **Estatuto del Usuario**, y demás derechos que consagren a su favor a...”*.

Nacional del Usuario y el artículo 134 de la ley 142 de 1994; el derecho a la participación con base en los artículos 62 y 65 de la Ley 142 de 1994; el derecho a la información con base en el artículo 9 de la ley 142; el derecho a una facturación justa y oportuna según inciso 2 del artículo 19 de la ley 689 de 2001; el derecho al cobro individual del servicio según el artículo 18 del Decreto 1842 de 1991; el derecho a la no cancelación previa de la factura para atender reclamos o para resolver recursos; el derecho a la no suspensión del servicio de acuerdo con el artículo 48 del decreto 1842 de 1991; el derecho a obtener asesoría técnica sin costo de acuerdo con el artículo 31 del decreto 1842 de 1991; el derecho a exigir sistemas previos de revisión a la facturación; el derecho a una estratificación única para todos los servicios según el artículo 101 numeral 4 de la ley 142; el derecho a la reparación de las fallas en la prestación del servicio según los artículos 136 y s.s. de la ley 142 y por los artículos 37 y 38 del decreto 1842 de 1991; el derecho de asesoría para orientar los reclamos y la presentación de recursos por parte de las Personerías Municipales o Distritales; el derecho de presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos.

En materia de mecanismos de protección de los derechos de los usuarios, se consagra el derecho de petición regulado de manera general como derecho de todas las personas, en el artículo 23 de la Carta Política y en los artículos 5º a 42 del Código Contencioso Administrativo, como el medio idóneo a través del cual las personas se comunican con la Administración Pública. La importancia de este derecho básicamente reside en que la misma Ley 142 de 1994 contempla la posibilidad de que los usuarios puedan presentar quejas, peticiones y reclamos ante las empresas de servicios públicos domiciliarios y que puedan controvertir las respuestas, con los recursos de la vía gubernativa.

En efecto, el artículo 152 de la Ley 142 de 1994 ha establecido como mecanismos de protección al usuario el derecho de presentar quejas (el usuario o suscriptor pone de manifiesto su inconformidad con la actuación de determinado funcionario

o con la forma y condiciones en que se le ha prestado el servicio), peticiones (actuación por medio del cual el suscriptor o usuario solicita información a una persona prestadora de servicios), reclamaciones (solicitud de suscriptor o usuario con el objeto de que una ESP revise, mediante una actuación preliminar, la facturación de los SPD y tome una decisión final o definitiva del asunto, en un todo de conformidad con los procedimientos previstos en el contrato de servicios públicos, en la Ley 142 y en el Código Contencioso Administrativo).

Como otro de los mecanismos de protección fueron contemplados en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, los recursos de reposición y apelación ante empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios respectivamente, con la finalidad de que revisen ciertas decisiones que pueden llegar a afectar la prestación del servicio o la ejecución del contrato de servicios públicos celebrado entre empresa y usuarios, ya sean actos que niegan la celebración del contrato de condiciones uniformes, los actos de suspensión, terminación, corte y facturación de los servicios públicos.

La oficina de peticiones, quejas y reclamos constituyen otro medio de defensa de los usuarios, regulados en los artículos 50 del Decreto 1842 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 142 de 1994, cumpliendo la función principal de recibir, atender, tramitar y resolver las peticiones o reclamos y recursos que presenten los usuarios o suscriptores en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa.

El artículo 158 de la Ley 142 de 1994 consagra el silencio administrativo positivo frente a peticiones, quejas y recursos que no se den respuesta en el término de 15 días.

Finalmente, la acción de tutela procedente para la defensa de derechos fundamentales de los usuarios o suscriptores, cuando aquellos se vean comprometidos en la prestación de esta clase de servicios, como la igualdad, la

información, la libertad de asociación, el debido proceso, el buen nombre, el derecho de petición y la salud, es igualmente otro medio de defensa que conforma el catálogo de instrumentos legales con los que cuenta el usuario a la hora de defender sus derechos⁸⁵.

Ahora bien, tal y como lo anunciamos al inicio del presente trabajo, el tema central de este capítulo es el derecho del usuario a la participación en la regulación, la gestión y el control de los servicios públicos domiciliarios y sus empresas prestadoras, con base en los artículos 78, 106 y 369 de la Constitución y los artículos 27.6, 62 a 65 y 126 de la Ley 142 de 1994.

4.3 PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN LA REGULACIÓN

Como ya se indicó en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha puesto de presente que el principio democrático consagrado en la Constitución de 1991 no sólo cubre los procesos electorales sino que se extiende a múltiples ámbitos de la vida en sociedad. El principio democrático supone, sobre todo, una garantía en virtud de la cual se busca que los ciudadanos dispongan de mecanismos concretos que les permiten tomar parte en la adopción de las decisiones que los puedan afectar.

Precisamente, uno de esos múltiples ámbitos, el cual hace parte esencial del control público sobre la actividad de los servicios públicos domiciliarios, lo constituye la Regulación que se justifica, no sólo en las implicaciones jurídico-sociales de éstos, sino en las características económicas. Pero más se justifica al renunciar el Estado a su monopolio y dejarlo a la libre competencia, pues tendrá que desplegar acciones para intervenir en el mercado con el fin de influenciar la

⁸⁵ Sobre este tema de la acción de tutela en los servicios públicos domiciliarios, puede verse “Los servicios públicos domiciliarios en el contexto de los derechos fundamentales”. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Grupo de Investigación. Letras Jurídicas Vol. 10 No. 2. Septiembre de 2005.

asignación de recursos en aras de lograr una mejor defensa del interés público, a corregir imperfecciones del mercado, y a impedir el abuso de la posición dominante.

Lo anterior, debido a que la regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. En efecto, la función de regulación estatal en Colombia, está orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.).

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general.

De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los

mismos, se busca precaver que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada⁸⁶.

Continúa la Corte diciendo que “la participación directa de los usuarios en el proceso de toma de decisiones de las comisiones de regulación es un derecho que encuentra fundamento en los principios constitucionales. Así pues, el artículo 1° de la Constitución señala que Colombia es un Estado democrático y participativo; el artículo 2° indica que es un fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y administrativa de la Nación; el artículo 78 dispone que el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen y que para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos; por último, el artículo 369 de la Carta establece que la ley determinará 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.

Es necesario que los usuarios dispongan de información adecuada y oportuna sobre las decisiones que habrán de ser adoptadas. La comisión de regulación debe proporcionar dicha información con antelación suficiente, de manera que los participantes puedan conocerla en profundidad. También es necesario que las posiciones que manifiesten los usuarios sean debidamente atendidas por las entidades, es decir, que sean consideradas y respondidas de acuerdo con los planteamientos, las observaciones o los reparos de los participantes dentro de un plazo razonable. Así, para que la participación sea efectiva se requiere, a lo menos, que se garantice a los usuarios que: (i) reciban la información correspondiente sobre el contenido proyectado de la futura regulación de manera

⁸⁶ Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

*oportuna; (ii) que puedan presentar propuestas; (iii) que las propuestas que presenten sean consideradas por la comisión de regulación competente en cada caso; y (iv) que dicha comisión responda motivadamente las propuestas que se le formulen en relación con la regulación que por su especial trascendencia despertó el interés de los usuarios*⁸⁷.

Ahora bien, la Corte aclara que aunque la Ley 142 de 1994 refiere a aspectos atinentes a la participación, no contempla ningún mecanismo relativo al derecho de participación directa de las organizaciones de usuarios que sea específicamente aplicable a las decisiones de las comisiones de regulación, pues el artículo 2.8 sólo habla de mecanismos que garanticen a los usuarios la participación en la gestión y fiscalización, sin mencionar la regulación.

El asunto parece resolverse con lo que la Corte denomina “potestad de configuración del Legislador”, en el sentido de que el vacío no impide que el Legislador desarrolle el derecho a la participación ciudadana en la adopción de decisiones por parte de la administración bien en forma general, bien en la expedición de regulaciones o, bien, en un ámbito aún más limitado como lo es la adopción de determinaciones que interesan tanto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como a los usuarios de tales servicios.

Sin embargo, consideramos que la Corte Constitucional se quedó corta a la hora de desarrollar el ámbito de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos domiciliarios, pues si bien, manifestó claramente que se trata de un derecho cualificado, el cual busca fortalecer la legitimidad democrática de las funciones regulativas, y que le exige a las Comisiones brindar al usuario información e informes con las consideraciones de las propuestas presentadas por aquéllos, no planteó formas concretas de ejercer este derecho participativo en la regulación.

⁸⁷ Ibid.

Parece ser que la Corte olvidó la complejidad que acompaña la actividad de la regulación, puesto que no sólo es una labor desplegada por órganos autónomos e independientes que regulan con criterios técnicos, especializados y económicos, sino porque en virtud precisamente de esa especialidad, cualquier usuario no estará suficientemente capacitado para participar de dicha labor, ni tendrá el conocimiento idóneo que supone cada sector de los servicios públicos domiciliarios; limitando evidentemente su participación.

Adicionalmente, factores como el desconocimiento de la normatividad por parte de los usuarios, su falta de interés, su dispersión, la falta de recursos de los usuarios, su mentalidad en cuanto a la ineficacia de la gestión del Estado y la gran desconfianza que éste genera en los ciudadanos y en los usuarios, constituyen serios límites en la participación de los usuarios en la regulación.

Y como si fuera poco, la ausencia de las Comisiones de Regulación en las regiones y su funcionamiento centralizado en Bogotá, impiden que los usuarios de otras ciudades, municipios y comunidades tengan acceso a estas comisiones, y por ende, a su participación.

En esta medida, es evidente que la participación de los usuarios en la regulación está menguada y que los mecanismos señalados por la Corte fueron insuficientes al no dar cuenta de las dificultades y obstáculos que los usuarios enfrentan en la materia; siendo necesario en esta medida, diseñar otros espacios de participación, en donde, al lado de las Comisiones de Regulación, los usuarios puedan plantear sus propuestas o expresar sus opiniones de manera previa a la toma de decisiones en dichas comisiones. Piénsese preliminarmente, en audiencias realizadas a nivel regional con los usuarios, para el debate de los temas que serán objeto en las Comisiones de Regulación.

4.4 PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN LA GESTIÓN

Participar en la gestión significa tomar parte en las actividades administrativas, internas, empresariales y financieras relacionadas con el servicio.

Dentro del Capítulo II de la Ley 142 de 1994, el cual regula la participación de Entidades Públicas en Empresas de Servicios Públicos, encontramos el artículo 27.6 en relación con la integración y la designación de los miembros de la Junta Directiva de las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios.

Dicha norma señala que “los miembros de las Juntas Directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el Gobernador o el Alcalde, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. En el caso de las Juntas Directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios del orden municipal, éstos serán designados así: dos terceras partes serán designados libremente por el alcalde y la otra tercera parte escogida entre los vocales de control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios”.

En relación con la anterior disposición, la Corte Constitucional se pronunció declarando la exequibilidad de la norma, pues a su juicio, no se desconocieron los principios de igualdad y equidad.

Al respecto, señaló la Corporación que “el hecho de que la disposición acusada establezca un mecanismo de elección como el anteriormente referido, a juicio de la Corte no desconoce los principios de igualdad y equidad de los ciudadanos que habitan determinado municipio, ya que el artículo 369 defiere a la ley la determinación de las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos, y el precepto sometido a

examen de la Corporación no limita las posibilidades de participación de los ciudadanos en la fiscalización de dichas empresas.

Además, la participación en la gestión y fiscalización de las referidas empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios tal como está concebida en la norma acusada, a través del nombramiento que hace el alcalde de una tercera parte de la junta directiva de los vocales de control debidamente registrados por los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, no desconoce los principios que deben orientar la actuación de todas las autoridades públicas y de los particulares, pues no crean ninguna situación de desequilibrio, ni discriminación indebida, y tampoco llevan implícita una injusticia en detrimento de la participación cívica de las personas en la referida labor de gestión y fiscalización, por cuanto la Carta Política no estableció de manera expresa el porcentaje de participación ni la forma de su elección, sino que señaló que éste debe permitir la participación de las personas en la adopción de decisiones que los afectan, lo cual ocurre a través de los citados vocales de control, inclusive en la representación efectiva de una tercera parte de los miembros de las correspondientes juntas directivas, aun cuando estos sean elegidos por el alcalde”⁸⁸.

Sin embargo, y aunque respetamos las consideraciones expuestas por la Corte, nos distanciamos de tales consideraciones pues la norma sí hace una discriminación al regular de manera detallada la forma de conformación de la Junta Directiva de una empresa prestadora oficial de orden municipal, dejando las empresas de orden nacional y departamental, y a las privadas y mixtas, libres y autónomas a la hora de escoger sus miembros. Creemos que la norma no deja entrever las razones por las cuales se hizo tal diferenciación, generando así, una

⁸⁸ Sentencia C - 585 del 7 de diciembre de 1995 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.

desigualdad en el número de miembros escogidos libremente y el número de miembros escogidos entre los vocales.

Además, es evidente la escasa eficacia y aplicabilidad de la norma, pues ésta se ve más reducida si se tiene en cuenta que cada vez hay menor número de empresas oficiales de orden municipal, quedando así por fuera de la norma empresas tan importantes como ISA, ISAGEN, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (Antigua Telecom), ELECTRICARIBE, ELECTRICOSTA, TRIPLE A, ETB y CODENSA, entre otras, en cuyas Juntas Directivas no existe hoy participación de los vocales.

4.5 LA PARTICIPACIÓN DEL USUARIO EN EL CONTROL – LOS COMITÉS DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL

Atendiendo a que Colombia es un Estado Social de Derecho, en forma de República Unitaria, democrática, participativa y pluralista, según lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política, surge con claridad el derecho a la participación de los usuarios, en su calidad de usuarios pero ante todo de ciudadanos.

Y teniendo en cuenta que la participación ciudadana no está circunscrita sólo al ámbito electoral, además de los mecanismos de participación comunitaria que se encuentran en nuestra Constitución, la ley de servicios públicos domiciliarios creó un mecanismo especial para permitir la participación de los usuarios en el control y fiscalización de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios.

Participar en el control y fiscalización significa vigilar que las empresas cumplan con las normas, para corregir deficiencias en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y lograr el mejoramiento y la transparencia de la prestación.

Para ello, la Ley 142 de 1994 reglamenta en sus artículos 62 y siguientes, la creación de los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios, como el mecanismo más importante con el que cuentan los usuarios para tomar parte de las decisiones relacionadas con la prestación de los servicios, para proteger sus derechos y para vigilar a las empresas de servicios públicos.

En efecto, el Consejo de Estado mediante sentencia de marzo 15 de 2001, ha señalado que *“la defensa del usuario en sede de la empresa está plenamente desarrollada en los artículos 62 a 66 de la Ley 142 de 1994, donde se regula todo lo referido a los Comités de Desarrollo y Control Social, los cuales tienen un espectro más amplio respecto de las garantías de los usuarios cuando ejercen las peticiones, quejas y recursos, ya que les fueron asignadas funciones encaminadas a asegurar la participación de usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios”*⁸⁹.

Es así como los comités de desarrollo y control social son organizaciones creadas para asegurar la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión y en la fiscalización de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios.

Estos organismos, los cuales deben funcionar en cada Municipio o Distrito del país, son creados e integrados por la misma comunidad y por la iniciativa de los usuarios y suscriptores potenciales de un municipio o distrito; y en nombre de los usuarios, participan en la gestión y fiscalización de las empresas que prestan uno o varios servicios públicos domiciliarios en el municipio o distrito donde viven.

Para su conformación, -el cual debe ser velado por el Alcalde-, debe en primer lugar realizarse la convocatoria a la Asamblea Constitutiva. Cualquier ciudadano o ciudadana usuario de los servicios públicos domiciliarios, puede convocar en cualquier momento a una Asamblea Constitutiva a la cual deben asistir un mínimo

⁸⁹ Expediente 68001, con ponencia del Consejero Roberto Medina López.

de usuarios dependiendo de la población, (250 usuarios para el caso de Medellín), y dicha convocatoria debe hacerse por lo menos con 10 días hábiles ante de la reunión. De esta reunión debe quedar un acta firmada por todas las personas asistentes.

El número de miembros necesarios para conformar un Comité es el que resulte de dividir la población del respectivo municipio o distrito, según el censo de la población actual, por 10.000, siendo imposible que sea menor de 50. Para la elección de los miembros, los cuales deben ser usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de algún servicio público, se utiliza el método del cociente electoral, consistente en dividir el número total de votos válidos de la Asamblea por el número total de miembros por elegir, dando como resultado el número de votos que requiere una persona de una lista para quedar elegida.

Con el fin de asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos domiciliarios, los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios, son creados para el cumplimiento de las funciones contempladas en el artículo 63 de la Ley 142 de 1994, a saber:

- Proponer a las empresas de servicios públicos domiciliarios los planes y programas que consideren necesarios para resolver las deficiencias en la prestación de los SPD.
- Procurar que la comunidad aporte los recursos necesarios para la expansión o el mejoramiento de los servicios en concertación con las empresas prestadoras de SP y los municipios.
- Solicitar la modificación o reforma de las decisiones que se adopten en materia de estratificación.

- Estudiar y realizar el monto de los subsidios que debe conceder cada municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto.

Hacen parte también de las funciones de los comités, el de colaborar con las empresas de SPD, con las autoridades nacionales y territoriales y con otras organizaciones comunitarias, para realizar campañas de racionalización del uso de los servicios públicos domiciliarios, velar porque los derechos y deberes de los usuarios de SPD sean efectivos y cumplan su cometido, y recibir y evaluar el informe trimestral que le presente el vocal de control.

Ahora bien, en materia de representación de cada comité ante las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios y autoridades nacionales y territoriales correspondientes, existe la figura del Vocal de Control, elegido dentro de la Asamblea Constitutiva por los usuarios que hacen parte del Comité de Desarrollo y Control Social que lo eligió; así como también eligen a los miembros de la Junta Directiva con sus respectivos suplentes.

El nombramiento de los Vocales de Control (cuyo número de integrantes debe corresponder a la tercera parte de los miembros de la Junta Directiva de la empresa prestadora del servicio oficial municipal), para un periodo de 2 años inicialmente, se legaliza con la inscripción y el reconocimiento por parte del Alcalde mediante Acto Administrativo, la cual puede ser impugnada por el Personero Municipal.

Ya nombrado, el vocal debe solicitar la inscripción del Comité ante el Alcalde para el reconocimiento de la personería jurídica, presentando una copia del Acta de la Asamblea Constitutiva, así como ante la Superintendencia de Servicios Públicos.

El Vocal de Control, cuyas funciones están reguladas en el artículo 64 de la Ley 142 de 1994, están dirigidas a garantizar los derechos de los usuarios, a informar a la comunidad acerca de sus derechos y deberes en materia de servicios públicos y ayudar a que se cumplan, a recibir informes de la comunidad acerca del funcionamiento de las empresas que prestan los servicios, evaluar estos informes y emprender medidas correctivas para que los prestadores las adopten con la finalidad de que mejoren la prestación del servicio, a atender de manera oportuna todas las consultas y tramitar las quejas y denuncias que le presente el comité, y a rendir trimestralmente al comité un informe de las labores adelantadas en ejercicio de sus funciones.

El Vocal de Control puede ser al tiempo miembro de las Juntas Directivas de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales municipales, cuando sea escogido por el Alcalde; y de la misma manera puede ser miembro del Comité de Estratificación, si así lo determina éste último.

Ahora bien, a partir del anterior desarrollo normativo del mecanismo democrático de participación por excelencia para que el usuario o suscriptor vigile la función del Estado frente a sus derechos, podría concluirse que la existencia de estos organismos de control no gubernamentales hacen pensar que la protección y la participación de los usuarios estén plena y suficientemente garantizadas, y que la ley efectivamente le dio grandes alcances de acuerdo a lo establecido en la Carta de 1991.

Sin embargo, compartimos lo que la Corte Constitucional ha dicho sobre la materia, en el sentido de que este control social desde la perspectiva de los Comités de Desarrollo y Control Social, dirigidos a contribuir con el desarrollo del nuevo régimen de servicios públicos, *“es un proceso nuevo y para que sea más fructífero es necesario que las instalaciones encargadas de promoverlos,*

*capacitarlos y apoyarlos técnicamente destinen más esfuerzos encaminados a fortalecerlos y a superar sus actuales propósitos*⁹⁰.

En efecto, se observa la presencia de múltiples limitaciones, entre otras razones porque los ciudadanos no están suficientemente informados sobre sus derechos y mecanismos de participación que la Ley contempla para que puedan concursar activamente en la gestión de las empresas de servicios públicos. Buena parte de los usuarios ignora la existencia de las Oficinas de Peticiones, Quejas y Recursos, de los Comités de Reclamos, de los Comités de Estratificación, y concretamente de los Comités de Desarrollo y Control Social, porque a pesar de que el artículo 65 de la Ley 142 de 1994 establece las funciones que le corresponden a las autoridades en cuanto a la promoción de la participación, tienen una baja proyección en las empresas.

4.6 OPINIÓN DE DOS VOCALES MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EEPPM

Lo anterior, lo corrobora uno de los miembros vocales de la Junta Directiva de EEPPM⁹¹, quien manifestó que si bien la Ley 142 de 1994 recogió principios de participación, los mecanismos diseñados para ello siguen siendo muy pobres y con numerosas dificultades.

Entre ellas, mencionó por ejemplo el gran desconocimiento que tiene la población sobre los comités de desarrollo y control social, dificultando así no sólo la utilización de dicho mecanismo sino su proceso de conformación; pues como se

⁹⁰ Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹¹ Entrevista realizada el día 25 de octubre de 2006 al doctor Gabriel Ricardo Maya Maya, miembro de la Junta Directiva de EPM, Vocal del Comité Usuarios de EEPPM y de Empresas Varias de Medellín, como parte del trabajo de campo realizado para efectos del presente trabajo de monografía.

expuso en líneas arriba, es necesaria la convocatoria de numerosos usuarios que compartan intereses en relación con un determinado servicio, para la creación e integración de un comité como estos.

Expresó que realmente, no han sido muchos los comités que se han conformado, y menos en esta Administración 2004 - 2007. Por eso, *“es una necesidad permanente porque los comités existentes no son suficientes”*.

Y como si fuera poco lo anterior, la ausencia de recursos (económicos y de infraestructura) que enfrentan estos organismos para su “desempeño” es de los más grandes problemas en materia de participación, porque ninguna entidad o autoridad los patrocina. *“Muchas veces se quisieran hacer encuestas, estudios, investigaciones, desplazamientos a lugares, pero no hay dinero para materializarlos o para contratar. Si los vocales tuvieran más apoyo y recursos de las administraciones municipales, así como se apoyan a las Juntas de Acción Comunal, los comités tendrían más acción y razón de ser”*.

De allí que los comités no tengan forma de decir que existen y de hacerse conocer en pro de sus intereses, y se queden en letra muerta. Como quien dice, los comités “están y no están”.

A ello se suma, en palabras del doctor Maya, el que muchos de los vocales utilicen sus funciones y su calidad de vocal para “hacer política” o para obtener prerrogativas, beneficios o publicidad en provecho propio, desviando los objetivos y fines de los comités, y desdibujando la figura de la participación y sus mecanismos.

Incluso, la mala utilización de los comités y de los vocales puede convertirse en un obstáculo grande para las Administraciones Locales en los eventos en que los mismos vocales convocan a marchas y protestas en contra de la Administración,

como sucedió concretamente en el caso de los desconectados, quienes salieron a las calles a protestar por sus intereses. *“Esta situación, no sólo genera caos en el orden público, sino que muchas veces las empresas no pueden gestionar más de lo que la ley les permita”*, afirmó el vocal de EPM.

Otra de las grandes inquietudes que manifestó, es hasta dónde es útil o vale la pena la norma que inhabilita al vocal de control para contratar con empresas de servicios públicos y participar en la Administración, pues a su juicio, esta disposición no sólo constituye una limitante en el accionar del vocal, sino que origina que quien quiera ser vocal, no lo sea para preferir contratar con la Administración. Resulta así, un desestímulo notorio para la figura de los vocales de control.

Y en materia de control, señaló que es contradictorio que no exista tal, pues al no tener apoyo económico de ninguna autoridad, al no existir un horario específico de trabajo ni remuneración para los vocales, es difícil pensar en un comité controlado.

No obstante las anteriores críticas, el doctor Maya reconoce las virtudes de los Comités de Desarrollo y Control Social por cuanto éstos le permiten a los vocales y usuarios tener un empoderamiento de las empresas de servicios públicos domiciliarios, entender más su funcionamiento y crear canales de participación entre los usuarios y las empresas.

Por ello, consideró determinante fortalecer los comités de desarrollo y control social e hizo un llamado al Gobierno Nacional, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las Comisiones de Regulación y la Alcaldía Municipal para que no sean sólo mecanismos de participación de papel, pues deben visibilizarse más a través de las Alcaldías y ser provistos de herramientas para poder cumplir las funciones que tanto la Constitución como la ley de servicios públicos les otorgó.

Atendiendo a esta sugerencia, indagamos por la labor de la Alcaldía Municipal en la promoción de estos organismos y en la intervención para la adecuada participación de los usuarios en el control de los servicios públicos y sus empresas prestadoras, como lo señala el artículo 65 de la ley 142 de 1994.

Para tales efectos, consultamos en la Subsecretaría Jurídica de la Alcaldía de Medellín⁹², donde expresaron que actualmente la Alcaldía Municipal se encuentra trabajando conjuntamente con las Empresas Públicas de Medellín para promocionar los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, a través de diversos medios de comunicación masiva, ya que son concientes de la poca difusión que éstos tienen en la ciudad.

Durante la visita a esa Subsecretaría, se constató que sólo hay inscritos en la Alcaldía, 13 Comités de Desarrollo y Control Social en un periodo comprendido entre 2002 y 2005, a saber:

El Progreso es Vida, Cidcos, 23 de Abril, La Liga de Medellín, Limonar 1 y 2, Participemos, Municipio de Medellín, Comité Usuarios EPM, Energía Eléctrica, Todos Ciudad, Codecos, Compromiso Comunitario y Los Defensores.

En el año 2006, no se ha inscrito ningún comité de desarrollo y control social, por lo que se concluye que dichos mecanismos son poco difundidos y conocidos por la comunidad.

De allí que, la doctora Patricia Zuluaga informara sobre la existencia de dos vallas publicitarias ubicadas en el sector de la Alpujarra, dándole publicidad a los comités, así como la existencia de unos folletos o plegables denominados “Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios”

⁹² Visita realizada el día 27 de octubre de 2006 a la Doctora Patricia Zuluaga, Abogada de la Subsecretaría Jurídica de la Alcaldía de Medellín, encargada de los Comités de Desarrollo y Control Social.

Alcaldía de Medellín – Medellín la más Educada, con el contenido de lo que todo ciudadano debe saber sobre estos comités y para que tenga conciencia de que en la mesas directivas de las empresas prestadoras de estos servicios, hay un espacio reservado para la Comunidad.

Finalmente, la Alcaldía está de la mano de la Secretaría de Desarrollo y de Comunicaciones, creando comerciales radiales y televisivos a nivel nacional y municipal para la promoción y divulgación de estos comités.

De la misma manera, consultamos otro de los miembros vocales de la Junta Directiva de EEPPM⁹³ sobre la participación de los usuarios en el control de las empresas de servicios públicos domiciliarios y los Comités de Desarrollo y Control Social.

Al respecto, el vocal manifestó que dichos mecanismos de participación enfrentan diversos problemas, desde el modo de elección de los vocales hasta el funcionamiento mismo de los comités. En efecto, señaló que al existir la figura de los vocales de control sólo en las empresas oficiales para cuidar el tesoro público y el dinero estatal, es el Alcalde del Municipio donde se encuentre la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, el que nombra los vocales de control para la Junta, teniendo en cuenta que sea nombrado legalmente, de acuerdo a la Ley 142 de 1994.

Por ello, el doctor Restrepo señaló que la elección de los vocales a través de los Alcaldes constituye una gran debilidad de este mecanismo, porque *“en primer lugar, el Alcalde los nombra a su gusto, lo cual hace que estos vocales no tengan una independencia y por el contrario, sí estén muy agradecidos y comprometidos; la elección debiera hacerse en una reunión democrática de todos los comités y la*

⁹³ Entrevista realizada el día 3 de noviembre de 2006 al doctor José Mario Restrepo Jaramillo, miembro de la Junta Directiva de EEPPM y vocal de la Corporación Participemos.

cual debiera ser de cumplimiento del Alcalde. En segundo lugar, no existe en empresas estatales ni en el país en general, una política clara de lo que deben ser las políticas del Gobierno, no existe un código de buen gobierno ni en las públicas ni mucho menos en las privadas. Y en tercer lugar, cuando en la Junta existe la posibilidad de tener miembros independientes, éstos debieran manejar liderazgo al interior de ellas, lo cual permitiría que éstas personas, por obvias razones se supone las de mayor perfil, hagan posible que las decisiones y el trabajo de la Junta se centrara en temas fundamentales y no por ejemplo, recibir todos los meses la información financiera y contable, pues es evidente que esto constituye un desvío de energía y atención importante, para centrarse en eventos críticos de dicha empresa”.

Concretamente, en materia de gestión y labor de los vocales al interior de las empresas, igualmente observó debilidades y flaquezas. Señaló por ejemplo que *“los vocales de control, por el hecho de pertenecer a las Juntas Directivas de las empresas prestadoras, deberían rendir un informe de su gestión ante las grandes empresas a las que pertenece, pues le estamos ayudando a mejorar su gestión, pero esto no es así. En realidad, sólo rendimos informes al interior de cada comité, confederación o corporación a la que representamos y para ello existen páginas Web pero a nivel de cada comité”.*

De la misma manera, manifestó que a la hora de hacer propuestas en la Junta Directiva en pro de los intereses de su gremio o de los usuarios, en evidente otra dificultad, *porque “en primer lugar, no tengo contacto con ningún usuario de EEPPM, sólo con los usuarios que pertenecen al comité que estoy representando, o con las personas que de manera particular me buscan y me comentan sobre alguna situación que quiera que se transmita ante la Junta. Claro que muchas veces esto es reducido porque al ser poco conocida la figura del vocal y del comité, son pocas las personas que me buscan y que saben de la posibilidad. En segundo lugar, porque las propuestas que hago ante la Junta no surgen de los*

mismos usuarios de mi comité sino de mi iniciativa, al fin y al cabo, no todos los usuarios saben sobre el tema o les es difícil abarcar el mismo. Y en tercer lugar, porque las empresas prestadoras contraatacan y contraargumentan las propuestas que se hacen, dificultando así la defensa de los intereses”.

Ahora bien, coincidiendo con lo manifestado por el doctor Gabriel Ricardo Maya, otro de los vocales de EEPPM, señaló igualmente la falta de recursos para el desempeño de las funciones, la falta de apoyo de las entidades gubernamentales, el gran desconocimiento de este importante mecanismo de participación y la necesaria publicidad para estos comités.

Por ello, consideró que “los vocales deben luchar para que las empresas abran un lugar en la misma empresa prestadora del servicio público, una oficina donde los usuarios, con la presencia de algún vocal de control, de una manera clara y expedita sean atendidos sus reclamos, porque de otra manera, los usuarios quedan indefensos; pero además de esto, debieran tener recursos económicos por parte del Estado para que su trabajo sea eficiente. Igualmente, deben estar capacitando permanentemente a los vocales para que agilicen los reclamos de los usuarios que representan”.

Así las cosas, pudimos verificar que en efecto los Comités de Desarrollo y Control Social son instrumentos que, si bien existen en la normatividad como mecanismos de participación ciudadana en el control de las empresas de SPD, fueron diseñados muy vagamente hasta el punto de invisibilizarse en medio del poco apoyo y promoción que la misma ley les da.

En este contexto, cómo pensar en materializar los verbos rectores del artículo 63 de la Ley 142 de 1994 como “proponer, procurar, solicitar, estudiar y realizar” si en la mayoría de empresas no hay programas educativos que incentiven a los

usuarios a cumplir un papel más activo en la gestión y control, y si tienen que encarar tantas limitaciones y dificultades.

En esta medida, es indispensable pensar en la necesidad de crear más conciencia en las empresas para establecer canales de comunicación con los usuarios; más conciencia de que los servicios que prestan tienen el carácter de públicos y que en tanto públicos, generan responsabilidades sociales, sobre todo, cuando la razón de ser de los servicios públicos domiciliarios son los usuarios.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

No tendría sentido, desde el punto de vista académico y metodológico, este trabajo de Monografía si no se exponen las conclusiones sobre las ideas que motivaron su investigación y elaboración, especialmente cuando pudieron observarse grandes tensiones y dificultades en un tema que sin duda alguna, toca la vida de los usuarios y sus derechos más fundamentales: los servicios públicos domiciliarios.

Es por ello que, de la mano de las conclusiones, necesariamente deben ir incluidas las propuestas o alternativas concretas que intenten dar solución a la problemática existente en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, y a la necesidad de fortalecer los derechos y mecanismos de participación de los usuarios, según los preceptos consagrados por el Constituyente de 1991.

Así y teniendo en cuenta lo planteado particularmente en el capítulo 3° sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y en el capítulo 4° sobre los mecanismos de participación del usuario en la regulación, gestión y control de las empresas prestadoras de estos servicios, se procederá a exponer las ideas finales sobre dichos aspectos.

5.1 CONCLUSIONES

5.1.1 Frente al Régimen Jurídico de las Empresas

Sobre el régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos, es pertinente señalar que si bien la Ley 142 de 1994 pretendió darle preeminencia al Derecho Privado sobre las normas de Derecho Público, son tantas las excepciones que se plantean al respecto, que nos hace concluir necesariamente que el régimen jurídico es mixto y no privado, y en ocasiones incluso con tendencia más marcada hacia lo público.

En efecto, pudimos demostrar que en el régimen de actos, en el régimen de contratos, en el régimen laboral y en la jurisdicción competente de las empresas de servicios públicos domiciliarios, no todo correspondía a las normas de derecho privado, sino que por el contrario, conservaban aspectos del derecho público y administrativo.

De ello dio cuenta, por citar sólo algunos ejemplos, los actos administrativos relacionados con la negativa, suspensión, terminación, corte y facturación de los servicios, los cuales son objeto de derecho público; o los contratos en los que se incluyen cláusulas exorbitantes, los cuales tendrán un régimen mixto; o el régimen laboral de las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las cuales se regularán en parte por disposiciones del derecho público; o el juez competente para conocer de las controversias surgidas con ocasión de actos administrativos y contratos que contengan cláusulas exorbitantes, los cuales serían obligatoriamente competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, así como las controversias en materia de responsabilidad extracontractual.

Es así entonces como compartimos la idea de que *“el actual régimen de servicios públicos domiciliarios define una especie de esquema mixto en el que la preeminencia del Derecho Privado no es tan ostensible como pareciera en un primer análisis; recomienda a los prestadores públicos y a los privados adecuar sus modelos mentales para aprehender una nueva concepción sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas entre empresas y usuarios y entre empresas y terceros, que difieren tanto de la venta de cualquier otro servicio como de tipos de función pública”*⁹⁴.

Consideramos además que la Ley 142 de 1994 plasma una tendencia privatista atenuada y no puede pretender hacer a un lado al Derecho Público, por cuanto el servicio público es un concepto que afecta individualmente a los ciudadanos y colectivamente a la sociedad; y se encuentra íntimamente ligado con el bienestar colectivo y el interés general.

En consecuencia, creemos que más que tensiones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, lo que se presenta es la coexistencia e interacción entre ambos derechos, para crear un equilibrio entre la primacía de los derechos sociales y colectivos de los usuarios, pero en un marco de flexibilidad en lo empresarial y en lo económico; pues es de enfatizarse la importancia que el Constituyente dio a la participación del sector privado en los servicios públicos domiciliarios, pero sin olvidar el carácter de esencial de los mismos y su condición de inherente a la noción de Estado Social de Derecho.

Ahora bien, pese a las marcadas ideas liberales y de mercado que caracterizaron a la Constitución de 1991 y a la Ley 142 de 1994, y a lo que muchos doctrinantes han manifestado, consideramos que el papel del Estado dentro del nuevo modelo

⁹⁴ “El impacto de la ley de servicios públicos domiciliarios: logros y dificultades”. Coloquio en Bogotá, noviembre de 1997. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS. 1998.

de servicios públicos, sigue siendo tan fuerte como el que ostentaba antes, sobre todo en materia de fijación de políticas, regulación, inspección, control y vigilancia.

Reconocemos que la liberalización de los servicios públicos domiciliarios y las ideas de libertad de competencia y mercado redefinieron constitucionalmente el papel del Estado, no sólo porque entró a compartir la prestación del servicio con otros agentes diferentes a los estatales, sino porque pasó de ser un prestador exclusivo de servicios, a un garantizador de los mismos. Pero igualmente, debe reconocerse que la figura estatal siguió vigente al conservársele sus facultades en la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, la misma Constitución en su artículo 334 consagró la intervención del Estado en la dirección general de la economía así como en los servicios públicos domiciliarios y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y condiciones de competencia adecuadas para proteger al usuario.

En consecuencia, y tal como lo manifestamos en su momento, aceptamos que el papel del Estado es insustituible; que conserva responsabilidades indelegables en materia de consecución de la equidad, el orden y la justicia; y que el hecho de haberse liberalizado a los servicios públicos no puede hacer entender a los estudiosos del tema, que el Estado debe ignorar lo que para muchos es su principal razón de ser: la prestación de los servicios públicos.

Finalmente, en cuanto a la discusión actual sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, compartimos con el Consejo de Estado que las mismas son entidades estatales, descentralizadas y pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público, según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

5.1.2 Frente a la Participación de los Usuarios

Ahora bien, en cuanto a la figura del usuario y sus espacios de participación en la regulación, gestión, fiscalización y control de las empresas prestadoras, desarrollados en el capítulo 4º, sostenemos cómo la Ley 142 de 1994 reguló a un usuario sensible, débil y desprotegido en relación con lo que el Estado Social de Derecho pretendió con los principios de democracia, participación y pluralidad.

Si bien la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994 consagraron los derechos de los usuarios y algunos mecanismos de defensa en materia de servicios públicos, es motivo de preocupación la presencia de múltiples limitaciones en cuanto a la participación de los receptores de estos servicios.

Es por ello que dejamos planteadas entre otras razones, la insuficiente información que tienen los usuarios y ciudadanos sobre sus derechos y mecanismos de participación que la Ley contempla para que puedan concursar activamente en la gestión de las empresas de servicios públicos; y los pocos recursos con los que cuentan los gestores de estos espacios democráticos.

Con lo anterior, es menester cuestionarnos sobre cuáles son las opciones que tienen los usuarios para ver materializados sus derechos y ejercer verdaderamente su participación en las empresas, si hasta el momento lo que hemos podido vivenciar y constatar es que son mecanismos de papel.

¿Cómo pensar en un ciudadano común y corriente como integrante de una Junta Directiva? ¿Cómo pensar en un sólo ciudadano al que le sean escuchadas y atendidas sus quejas de manera oportuna? ¿Cómo pensar en un ciudadano que sea tenido en cuenta a la hora de regular los servicios públicos? ¿Cómo cumplir con las funciones de los comités de desarrollo y control social sin apoyo de las

autoridades? Cómo pensar en un ciudadano que haga parte de un comité sin ser parte de un gremio o grupo político?

La Corte ha dejado claro que el ejercicio democrático de participación no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que es un derecho cualificado, sobre todo al tratarse de servicios públicos domiciliarios, en los que el ciudadano pueda participar en asuntos que incidirán significativamente en la calidad de su vida.

De allí que sea pertinente examinar si el problema existente en la materia es de insuficiencia de instrumentos de fiscalización y control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, o si más bien, el asunto es de eficacia, conocimiento y utilización de dichos recursos.

Siendo así las cosas, la alternativa inicialmente considerada sería el de fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

Igualmente, habría que informar a los usuarios sobre sus derechos y mecanismos de participación, labor que debe empezar por las mismas empresas prestadoras de estos servicios para generar incentivos en los usuarios y más canales de comunicación; y así abandonar la percepción acogida mayoritariamente de que estos instrumentos son insuficientes o ineficaces.

5.2 PROPUESTAS

5.2.1 En cuanto al Régimen Jurídico, se propone:

La elaboración de demandas de inconstitucionalidad de las normas relacionadas con el tema de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, esto es, artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994 y artículo 38 de la Ley 489 de 1998; y la participación de los vocales en las Juntas Directivas, esto es, el artículo 27.6 de la Ley 142 de 1994. Esta propuesta surgió por la invitación del profesor David Suárez Tamayo, en vista de algunas inquietudes generadas dentro del estudio del tema en el Énfasis de Derecho Público y Político, y de la práctica de Clínica Jurídica realizada dentro del Consultorio Jurídico de la Universidad Eafit.

5.2.2 En materia de Participación en la Regulación, se propone:

- La desconcentración de las Comisiones de Regulación, a través de la creación de oficinas regionales, de manera que se efectúen audiencias o foros por regiones, por empresas o por tipos de servicios, y se tenga mayor acceso por parte de los usuarios.

5.2.3 En materia de Participación en la Gestión, se propone:

- La modificación del artículo 27.6 de la Ley 142 de 1994, para que se amplíe la participación de los usuarios en las Juntas Directivas, y que no sea sólo en las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios del orden municipal, sino a todas las empresas prestadoras de estos servicios, y/o intentar demandar de nuevo dicho artículo.

5.2.4 En materia de Participación en el Control, se propone:

- La elección de los vocales de control en las Juntas Directivas de las empresas, a través de reuniones democráticas de todos los Comités de Desarrollo y Control Social.
- La creación de espacios físicos u oficinas en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, destinadas al funcionamiento de los Comités de Desarrollo y Control Social, en el que los usuarios tengan mayor acceso y se puedan visualizar más a estos organismos de participación.
- La presentación de informes semestrales por parte de los vocales de control sobre su gestión ante las empresas prestadoras de servicios y ante los usuarios.
- Abrir espacios participativos, como audiencias, consultas o foros preliminares a la toma de decisiones en las Juntas Directivas de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en los que se consulten los temas más trascendentales con los usuarios y éstos puedan dar sus opiniones y sugerencias al respecto, tales como los Planes de Desarrollo, Inversiones y Presupuesto Anual.
- El diseño de Páginas Web exclusivas para los Comités, ya sea en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o en cualquier autoridad competente, donde los usuarios conozcan de la existencia de este mecanismo de participación, tengan la posibilidad de efectuar quejas o inquietudes vía electrónica, donde se publiquen los informes de los vocales sobre las gestiones realizadas, donde se suministre información relacionada con las audiencias, foros o actividades programadas; de tal manera que sea un puente que acerque más a los vocales con los usuarios.

- La creación de boletines periódicos elaborados y patrocinados por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la gestión de los vocales.
- Asignación de presupuesto para los Comités de Desarrollo y Control Social por parte de las Administraciones Locales para su correcto funcionamiento.
- Diseñar mecanismos de control, seguimiento y evaluación sobre el funcionamiento, gestión, y actuación de los Comités de Desarrollo y Control Social.
- Fomentar la formación, capacitación y entrenamiento permanente para los vocales, especialmente en temas jurídicos, técnicos, financieros y presupuestales.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Sigma Editores. Bogotá. 2003.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliario. Biblioteca Jurídica Dike. Segunda Edición. 2005.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Documento para el curso de Servicios Públicos Domiciliarios suministrado por el profesor David Suárez Tamayo.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. En: Letras Jurídicas, Vol. 10, No. 1, Marzo 2005.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Dirección de políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo, Investigación de servicios públicos domiciliarios. Calidad de vida y construcción del Estado Social de Derecho. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales. UNIJUS; Imprenta Nacional. 1997.

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para primer y segundo debate del Proyecto de Ley 142 de 1994. Gaceta del Congreso No. 121 y 220. Años 1992 y 1993.

DUGUIT, León. Las transformaciones generales del Derecho Público y Privado. Biblioteca Jurídica Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

GIL ALZATE, Willington y ZAPATA MACIAS, Diana Cecilia. Tesis de Grado para optar por el título de Abogado. Universidad de Antioquia. 2002.

GRUPO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO DE LA ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA. “La evolución del concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano, desde 1955 hasta nuestros días”. En: Letras Jurídicas. Vol. 10 No. 2. Septiembre de 2005.

JÉZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Libro II: La Noción de Servicio Público. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1949.

JÉZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Libro III: El funcionamiento de los servicios públicos. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1949.

LEMOS SIMMONDS, Carlos. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 43 “Servicios Públicos” Gaceta Constitucional No. 21. Marzo 15 de 1991.

MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Proyectos Editoriales Curcio Penen. Bogotá. 2005.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. Documento Derecho Público y Derecho Privado en los Actos y Contratos de las Empresas de Servicios Públicos.

SANTOFIMIO G, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Bogotá. 1996.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. “El impacto de la ley de servicios públicos domiciliarios: logros y dificultades”. Coloquio en Bogotá, noviembre de 1997. UNIJUS. 1998.

URIBE, Maria Teresa y VALENCIA, Germán. Tensiones y dilemas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: entre lo público, lo privado y lo estatal. En: Letras Jurídicas. Vol. 10, No. 1 Marzo 2005.

TRABAJO DE CAMPO

Entrevista realizada el día 25 de octubre de 2006 al doctor Gabriel Ricardo Maya Maya, miembro de la Junta Directiva de EPM, Vocal del Comité Usuarios de EEPPM y de Empresas Varias de Medellín.

Visita realizada el día 27 de octubre de 2006 a la Doctora Patricia Zuluaga, Abogada de la Subsecretaría Jurídica de la Alcaldía de Medellín, encargada de los Comités de Desarrollo y Control Social.

Entrevista realizada el día 3 de noviembre de 2006 al doctor José Mario Restrepo Jaramillo, miembro de la Junta Directiva de EEPPM y vocal de la Corporación Participemos.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T – 406 de junio 5 de 1992.
Sentencia T – 540 de septiembre 24 de 1992.
Sentencia T – 578 del 3 de noviembre de 1992.
Sentencia T – 251 del 30 de junio de 1993.
Sentencia T – 1212 del 3 de diciembre de 2004.
Sentencia C – 566 del 30 de noviembre de 1995.
Sentencia C - 585 del 7 de diciembre de 1995.
Sentencia C – 253 del 6 de junio de 1996.
Sentencia C – 263 del 13 de junio de 1996.
Sentencia C - 252 del 28 de mayo de 1997.
Sentencia C - 493 del 2 de octubre de 1997.
Sentencia C - 198 del 13 de mayo de 1998.
Sentencia C - 953 del 1 de diciembre de 1999.
Sentencia C - 1162 del 6 de septiembre de 2000.
Sentencia C - 150 del 25 de febrero de 2003.
Auto 113 del 29 de marzo de 2006.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencia S - 701 de 23 de septiembre de 1997.
Sentencia Sección 3 del 12 de agosto de 1999.
Sentencia Sección 3 del 17 de febrero de 2005.
Sentencia Sección 5 del 17 de noviembre de 2005.
Sentencia Sección 3 del 1 de marzo de 2006.
Sentencia Sección 3 del 2 de marzo de 2006.
Sentencia Sección 3 del 30 de marzo de 2006.
Sentencia Sección 3 del 2 de agosto de 2006.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 28 de enero de 2004.

Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 11 de marzo de 2004.

Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 17 de marzo de 2004.

Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 6 de diciembre de 2004.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo.

Código Contencioso Administrativo.

Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001 y Leyes complementarias.

Ley 489 de 1998.
