

**Los servicios públicos domiciliarios en
Colombia: su prestación, regulación y
control**

Sergio Roberto Matias Camargo

Sergio Roberto Matias Camargo

Docente Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá en las Cátedras de Ciencia Política (pregrado), Servicios Públicos Domiciliarios (maestría) e Investigación Jurídica (doctorado). Investigador Asociado de Colciencias. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Investigación Social Interdisciplinaria por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas; especialista en Derecho Público, Ciencia y Sociología Política por las universidades Externado de Colombia, Complutense de Madrid y de Estudios de Milán; especialista en Derecho Constitucional y Abogado por la Universidad Libre de Bogotá.

Las comunicaciones con el autor pueden dirigirse a:
Universidad Libre
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Calle 8 No. 5-80
Bogotá - Colombia
E-mail: sergiomatyas@hotmail.com

Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: su prestación, regulación y control

Los servicios públicos domiciliarios constituyen una categoría especial de los servicios públicos. Son bienes insustituibles, necesidades esenciales de la población ligadas a la existencia, calidad y dignidad de la vida humana y, en consecuencia, derechos fundamentales. Son una actividad económica. En este trabajo se cuestiona el modelo colombiano de prestación, regulación y control. Se utiliza un enfoque socio jurídico e interdisciplinario, un método teórico (análisis y síntesis) y se hace análisis documental.

Palabras clave: Servicios Públicos; Función del Estado; Privatización; Protección de Derechos; Derecho Administrativo; Servicios Públicos; Servicios de Saneamiento; Colombia

Home Public Services in Colombia: Its Provision, Regulation and Control

The home public services are a special category of public services, are irreplaceable assets, essential needs of the population, linked to the existence, quality and dignity of human life and fundamental rights accordingly. They are an economic activity and the Colombian model of provision, regulation and control is questioned. One socio legal and interdisciplinary approach, a theoretical method (analysis and synthesis) is used and documentary analysis was made.

Key words: Public Services; Function of the State; Denationalization; Protection of Rights; Administrative Law; Public Services; Sanitation Services; Colombia

Introducción

Los servicios públicos domiciliarios (SPD en adelante), su naturaleza, su prestación, regulación y control, constituyen una actividad económica de gran impacto social; por lo tanto, el conocimiento de sus normas y de su realidad social es un asunto de importancia y actualidad.

El marco jurídico de los SPD en Colombia se sintetiza en la Constitución Política de 1991, que regula de manera expresa y particular los

Recibido: 03-06-2015. Aceptado: 24-08-2015.

Los servicios públicos domiciliarios, su naturaleza, su prestación, regulación y control, constituyen una actividad económica de gran impacto social; por lo tanto, el conocimiento de sus normas y de su realidad social es un asunto de importancia y actualidad.

servicios públicos en los artículos 365 al 370 del Capítulo 5, de la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos, correspondiente al Título XII, del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, del cual constituyen una parte importante (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). La regulación legal está establecida fundamentalmente en la Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República de Colombia, 1994a); en la Ley 143 de 1994, “Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional” (Congreso de la República de Colombia, 1994b); y en el Decreto 990 de 2002, “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2014).

Abundante es la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, por vía de revisión constitucional y de tutela, en materia de SPD en Colombia. En menor escala lo es la doctrina especializada y la existencia de resultados de investigación (artículos científicos publicados en revistas indexadas, libros, capítulos de libros, ponencias, monografías y tesis doctorales).

El marco jurídico señalado ha sido la referencia de este trabajo, que es el resultado de múltiples procesos y proyectos de investigación realizados en el Grupo de Investigaciones Socio-Jurídicas del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, actualmente reconocido por Colciencias como Grupo Colombiano de Investigación Científica.

En cuanto a la metodología, se aplica un enfoque socio jurídico e interdisciplinario que integra la sociología jurídica con la ciencia política, el derecho y la economía. También se integran métodos teóricos como el análisis y la síntesis; se utilizan fuentes primarias y secundarias y el análisis documental. El problema de la investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿cuál es la naturaleza de los SPD y del modelo colombiano de prestación, regulación y control?

Resultados y hallazgos

Los servicios públicos

Los servicios públicos son un género en el cual están incluidas varias especies, entre estas, la salud, la educación, los servicios públicos domiciliarios y las telecomunicaciones.

Para Duguit (1926: 105), uno de los principales exponentes de la “Escuela de Burdeos” o de los “Servicios Públicos”, servicio público

es: “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza del gobernante”.

Este concepto es reiterado en otra de las obras de Duguit (2005), un clásico de la Teoría Política y Constitucional, el *Manual de Derecho Constitucional*. Monereo y Calvo (2005: XXVII), al referirse a la relación soberanía, poder y servicios públicos, expresan: “De la relación de soberano a súbdito apenas [...] 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. El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos”.

La aparición de la clasificación de una parte de los servicios públicos como “industriales y comerciales”, correspondientes a actividades tradicionalmente consideradas más propias de los particulares que del Estado y que se ejercen con criterio de beneficio particular y con ánimo de lucro, cuestiona los conceptos de la “Escuela de Burdeos”. La respuesta a las preguntas surgidas encuentra en el interés general la solución al problema así planteado: el interés general no puede ser identificado con la administración pública, pero sí puede actuar como determinante y límite de la acción administrativa y representa un valor teórico de trascendencia y vigente.

Se considera que André De Laubadère fue quien estableció la conexión doctrinaria entre servicio público e interés general (Montaña, 2005). De Laubadère (1984: 18) expone su definición de *Servicio Público* en los siguientes términos: “Se entiende por servicio público toda actividad de una colectividad pública que tenga por objeto satisfacer una necesidad de interés general... Elemento esencial de la definición de servicio público es la noción de interés general: el servicio público tiene como fin satisfacer una necesidad de interés general. El Estado erige una actividad como servicio público en lugar de dejarla a la iniciativa privada, cuando cree que la necesidad pública a la cual corresponde esa actividad no la podría satisfacer o la satisfaría mal la iniciativa privada; la satisfacción de una necesidad del interés general es lo que justifica y anima el servicio público”.

Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad.

Una importante distinción establece De Laubadère (1984: 118) entre los servicios públicos y las actividades privadas de la administración, que va en contravía de las tendencias privatistas y liberalizadoras predominantes y que distorsionan la naturaleza y los fines de los servicios públicos, que algunos tratadistas llaman “mutación”¹ del Derecho administrativo o de la Teoría del Servicio Público: “Se denominan actividades *privadas de la administración* aquellas actividades que para la administración constituyen una explotación con fines puramente pecuniarios. Su tipo es la gestión del “dominio privado” de la administración, por ejemplo el alquiler de casas de inquilinos, la explotación de propiedades inmobiliarias que puedan tener las diversas colectividades públicas. La explotación y el aprovechamiento de un patrimonio es lo que constituye fundamentalmente la base de estas actividades y no la preocupación por satisfacer necesidades de interés general”.

Así, retomando los elementos esenciales del pensamiento de León Duguit, de la Escuela de Burdeos y de su Teoría del Servicio Público, se replantea el concepto de servicios públicos en los siguientes términos: “Se entiende por servicio público toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación activa de la Administración Pública en su prestación directa, en su regulación y control. Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad” (Matias, 2013: 56).

Los Servicios Públicos Domiciliarios

En Colombia se entiende actualmente por SPD el acueducto, el alcantarillado y el aseo (agua potable y saneamiento básico), la energía eléctrica y la distribución de gas combustible, de acuerdo con el artículo 1º (reformado) de la Ley 142 de 1994 o de Servicios Públicos Domiciliarios. Las telecomunicaciones (específicamente la telefonía fija pública básica)² ya no son consideradas como SPD por mandato de la Ley 1341 de 2009 o de las TIC, que de manera expresa regula todos los servicios de telecomunicaciones (Art. 73), excepto la televisión y los servicios postales. La telefonía pública fija básica estaba incluida en el texto original de la Ley 142 de 1994 (Art. 1º), por lo

que la reforma es regresiva al eliminar los subsidios a los sectores de menores recursos económicos y trasladarla a un régimen de libertad de precios, entre otros aspectos negativos.

Desde un punto de vista ontológico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y específicamente la de la llamada “Primera Corte” (Matias, 2011: 119-123)³, por vía de tutela, quiso darle vida material a la declaración del Estado Social de Derecho, consagrado en el Artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991, y sentó principios fundacionales en materia de servicios públicos en general y de los domiciliarios en particular.

En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia de tutela N° T-578 de 1992⁴, declaró: “El servicio público no es simplemente un ‘concepto’ jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico” (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Más adelante, al referirse al papel fundamental e irremplazable del Estado en los servicios públicos, expresa: “Lo anterior impone que el papel del Estado moderno se centre en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar que las gentes, en forma igualitaria, puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado, se concreta en la prestación de los servicios públicos” (*ibídem*).

Específicamente sobre los SPD, desde el mismo enfoque ontológico, señaló el magistrado Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1992) que se trata de “una categoría especial de los servicios públicos, los llamados ‘domiciliarios’, que son 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 y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”.

Teniendo en cuenta los principios expuestos, un concepto socio jurídico e integral de SPD puede ser el siguiente: “Los Servicios Públicos Domiciliarios constituyen una categoría especial de los servicios públicos. Se prestan en forma universal, continua, eficiente,

Los Servicios Públicos Domiciliarios son bienes insustituibles y necesidades esenciales de la población, una actividad económica ligada a la existencia, calidad y dignidad de la vida humana y en consecuencia derechos fundamentales.

obligatoria y en igualdad de condiciones y calidad a todos los usuarios, por medio de redes físicas o humanas en su sitio de habitación o trabajo, con un régimen jurídico especial de derecho público, con la prestación directa de la Administración Pública, con su regulación y control. Son bienes insustituibles y necesidades esenciales de la población, una actividad económica ligada a la existencia, calidad y dignidad de la vida humana y en consecuencia derechos fundamentales” (Matias, 2013: 57).

El Nuevo Orden Constitucional colombiano ***Componentes fundamentales y predominantes***

Desde un enfoque socio jurídico, el Nuevo Orden Constitucional colombiano, en sus componentes fundamentales y predominantes⁵, se caracteriza por la adecuación de las instituciones socioeconómicas y político jurídicas a la globalización de la economía, al fundamentalismo del mercado, a la aplicación de los planes y políticas del Consenso de Washington y del Gobierno de los Estados Unidos.

La Constitución Política de 1991 introduce varias novedades, en concordancia con las tendencias hegemónicas universales de la globalización para la época de su promulgación. Agrupados por ejes temáticos, los elementos constitutivos del fundamentalismo del mercado en el ordenamiento constitucional colombiano son: la internacionalización de la economía; el mercado libre; la fuerte protección y garantía plena del derecho de propiedad privada y la ausencia de una cláusula garantista de la propiedad pública; la libertad económica (libre empresa y esta como el motor del desarrollo, y el derecho a la libre competencia como derecho constitucional); la eliminación de los monopolios estatales y la privatización de las empresas del Estado y de los servicios públicos; la “independencia” de la Banca Central; la planeación; el Sistema General de Participaciones; la descentralización administrativa como problema fiscal y la sostenibilidad fiscal.

La Constitución Política de 1991 incorpora la internacionalización de la economía (Art. 226), eufemismo utilizado por los organismos internacionales de crédito, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, para imponer a los Estados prestatarios sus planes de ajuste fiscal, acompañados de políticas aperturistas, privatizadoras y de recortes a la inversión social (Child, 1994).

También permite la transferencia parcial de “determinadas atribuciones (estatales) a los organismos internacionales”, so pretexto de promover la integración económica, introduciendo constitucionalmente

la cesión de la soberanía nacional a entidades foráneas y a tratados internacionales (Art. 150 N° 6), por ejemplo, a los de libre comercio y a la OMC. A los países atrasados se les quiere negar su soberanía, eliminar sus fronteras y la protección de sus mercados nacionales, mientras los desarrollados siguen siendo proteccionistas y expansionistas.

La Constitución Política vigente establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y mantiene el principio de intervención estatal (Art. 334). En contravía, afirma que la empresa es la “base del desarrollo” (Art. 333) y es enfática en la defensa de la propiedad privada (Arts. 58 y 332), de la libertad económica (libre empresa y libre competencia como derecho de todos) y de la iniciativa privada (Art. 333), que predominan sobre los principios intervencionistas y de carácter social. En sentido contrario, no se incluyó una cláusula garantista y protectora de la propiedad pública.

Por otra parte, la intervención económica del Estado (Art. 334) tiene una importante limitación que la desnaturaliza y la minimiza: la prohibición de los monopolios estatales, excepto de los establecidos como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (Art. 336). En consecuencia, los monopolios privados (nacionales o transnacionales) están permitidos, así como el ejercicio de su posición dominante sobre el mercado nacional. Lo que se prohíbe es el abuso de la misma y no su existencia (Art. 333) y deja a la liberalidad de la ley su regulación.

Así, el Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopólicas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia en los términos que determine la ley (Art. 336). Por ello, prevé la privatización de las empresas estatales “cuando no cumplan los requisitos de eficiencia”, en vez de establecer que el Estado se esfuerce por lograr la eficiencia de las mismas.

Los hechos indican que las políticas públicas fomentan la descapitalización, privatización y desnacionalización de todas las empresas estatales, incluidas las modernas y eficientes como es el caso de Telecom, la más importante empresa colombiana de telecomunicaciones entregada a la multinacional Telefónica de España por debajo del costo de oportunidad, ocasionando un grave detrimento al patrimonio público nacional (Matias, 2011). Situación semejante es el caso del actual proceso de privatización de ISAGEN, la más importante electricadora colombiana⁶. En sentido estricto, la Constitución Política

La Constitución Política no prohíbe estas privatizaciones; más bien las permite, por ejemplo, al establecer que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado y los particulares sin limitación a la participación accionaria en ellas del capital privado nacional o extranjero.

no prohíbe estas privatizaciones; más bien las permite, por ejemplo al establecer que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado y los particulares (Art. 365), sin limitación a la participación accionaria en ellas del capital privado nacional o extranjero, para lo cual las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se han convertido en sociedades por acciones oficiales, privadas o mixtas (Art. 14, Ley 142 de 1994).

La Constitución también ordena que la ley fije las competencias y responsabilidades de la prestación de los SPD. Los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, las comunidades organizadas y los particulares (Art. 365). Serán prestados “directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen” (Art. 376), presionándose así la entrega a los particulares y la sustitución del monopolio estatal por el monopolio o los oligopolios privados. El Estado debe garantizar que los servicios sean prestados, pero se le elimina la obligación de hacerlo y se le dan las funciones de regulación, control, inspección y vigilancia (Art. 370).

El nuevo ordenamiento constitucional colombiano centralizó la dirección de la economía en la planeación, el presupuesto y la banca central. Para Estrada (s.f.), “en el caso colombiano la construcción del *modelo neoliberal* se ha acompañado de una transformación de la dirección y la regulación de la economía”.

Carlos Lemos Simmonds, miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y Vicepresidente de Colombia en el Gobierno de Ernesto Samper, refiriéndose a la naturaleza ideológica de la Constitución Política de 1991, afirma que esta “adoptó el modelo económico neoliberal en medio de sonoras pero huecas referencias al ‘Estado social de derecho’” (1998: s.p. y 52-55).

Las reformas constitucionales

La Constitución Política cumplió 24 años de vigencia el 4 de julio de 2015. Varias de las reformas realizadas introducen avances del modelo neoliberal en extensión y profundidad, como en los casos de los Actos Legislativos 01 de 1993, 01 de 2001 y 04 de 2007, sobre el Sistema General de Participaciones, y 03 de 2011, que establece el “principio de la sostenibilidad fiscal”.

Por medio de los Actos Legislativos 01 de 1993, 01 de 2001 y 04 de 2007 se reformaron los artículos 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, modificándose la fórmula de las transferencias del

presupuesto nacional a las entidades territoriales (departamentos, municipios y entidades territoriales indígenas), reduciéndolas significativamente, primero en forma transitoria y después en forma permanente, ante las presiones del Banco Mundial y las exigencias de los planes de ajuste y de los Acuerdos *Stand By*, suscritos con el Fondo Monetario Internacional por los gobiernos de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe (Matias, 2005: 297-314).

La reducción de los traslados presupuestales a las entidades territoriales afecta severamente las inversiones en agua potable, saneamiento básico, salud y educación, desmejorando la calidad de vida de la población y presionando las privatizaciones ante la obligación constitucional de garantizar por parte de los municipios la prestación de dichos servicios y la carencia de recursos propios para hacerlo (Bustamante, 2007).

Por medio del Acto Legislativo 03 de 2011 se establece el “principio de la sostenibilidad fiscal”, que debe orientar las ramas y órganos del poder público en ejercicio de sus competencias. Se pone el equilibrio macroeconómico, propio de los planes de ajuste fiscal del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, por encima de los derechos fundamentales y del desarrollo económico y social. Además, se introduce un extraño “Incidente de Impacto Fiscal”, de trámite obligatorio, contra las sentencias de las altas Cortes, en cabeza del Procurador o de los ministros del Gobierno nacional, para presionar su modificación, modulación o diferir sus efectos, obstaculizando con principios fiscalistas la autonomía y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales relacionadas con las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y de su materialización. Es un golpe a las tendencias democráticas de la jurisprudencia constitucional y un salto adelante hacia la conversión de la Carta de Derechos en una suma de declaraciones formales, sin garantías jurisdiccionales y sin posibilidades de su realización práctica.

Las tendencias actuales en los servicios públicos

Actualmente se discute sobre la naturaleza, función en la sociedad, prestadores, regulación y control de los servicios públicos en general y los domiciliarios en particular. En especial, se ha generado una polémica sobre la naturaleza jurídica y la propiedad de sus prestadores, dividiéndose las tendencias en dos extremos: en un lado, los partidarios de la privatización de las empresas y de la prestación de los servicios públicos (Ahumada, 1996: 71), y en el lado opuesto,

Se discute si los Servicios Públicos Domiciliarios deben estar orientados por criterios de cobertura, calidad y costos en los cuales predomine su función social; o, por el contrario, con criterios de eficiencia y rentabilidad financiera, suficiencia económica, propios de la empresa privada y del libre mercado.

quienes defienden su carácter público, estatal y ponen el énfasis en su función social por su vinculación a la satisfacción de necesidades esenciales de la población y de constituir derechos fundamentales (Sarmiento, 2001: 19-27; Agudelo, 1998: 138). También existe una tendencia denominada “tercera vía”, según la cual los servicios públicos pueden ser prestados por los particulares o en alianza con el Estado (Santos, 2012).

Junto con esta polémica se discute si los SPD deben estar orientados por criterios de cobertura, calidad y costos en los cuales predomine su función social; o, por el contrario, con criterios de eficiencia y rentabilidad financiera, suficiencia económica, propios de la empresa privada y del libre mercado.

En el fondo, están de por medio las visiones sobre los posibles modelos de Estado y de sociedad en el mundo contemporáneo, y tendencias como la globalización económica y su impacto en los SPD debido a su importancia económica, social y estratégica para el planeta. De hecho, las disputas del siglo XXI estarán determinadas, en gran medida, por el control de las fuentes del agua potable.

Es indiscutible la importancia de las telecomunicaciones en la sociedad actual -que ha llegado a llamarse “aldea global”-, de la informática, así como del control de la producción, distribución y consumo de la energía eléctrica en el desarrollo industrial, económico y social de todos los países. Puede afirmarse, sin exageración, que sin agua potable, sin energía eléctrica y sin telecomunicaciones no podría existir vida humana en el planeta (Matias, 2002).

El derecho público se ha reemplazado por el derecho privado, fenómeno que se ha calificado como “huida del derecho administrativo”, y la jurisdicción especializada o contenciosa administrativa se ha sustituido por la ordinaria (civil o comercial), con predominio de criterios privatistas y de rentabilidad financiera, cada día más alejados de la función social del Estado y más adecuados a la lógica del mercado libre, en una economía y un derecho globalizados.

El tratadista español Gaspar Ariño (2003: 94) expresa así sus preocupaciones por la exención de la aplicación de los principios del derecho público a las empresas públicas: “El problema de fondo de esta polémica es hasta qué punto aquellas actuaciones jurídicas que son gestionadas con dinero y/o patrimonio público (como es el de la Administración, pero también el de sus empresas) deben quedar o no sometidas a las reglas básicas y principios que deben presidir cualquier actuación del Estado (respecto de los derechos fundamentales,

especialmente del principio de igualdad, no discriminación, publicidad y concurrencia, control del gasto, etc.)”.

Ariño (*ibídem*) analiza la oleada de privatización de los servicios públicos y la huida del derecho público hacia el derecho privado. Considera que el derecho privado es el reino de la libertad, de la autonomía de la voluntad y de la libertad de disposición, frente al derecho público, que está presidido por la sujeción, la vinculación a la norma, la predeterminación de las conductas por el contenido de lo dispuesto en las leyes y reglamentos (principio de legalidad, tipicidad del acto administrativo), por el respeto al principio de igualdad, y la exigencia de control y rendición de cuentas ante órganos y según procedimientos establecidos. Esta es la esencia del derecho administrativo, una mezcla de principios y garantías en defensa del interés público y de los derechos de los ciudadanos.

Por otra parte, Ariño (2003: 104) se refiere a la privatización del derecho administrativo. Al respecto indica: “Esta tendencia se extiende por todas las parcelas del derecho administrativo: se atenúan los controles financieros, se deslegaliza la competencia para disponer de la riqueza pública, se convierten en reglas las excepciones (en la contratación, en la función pública) y se amplían las vías de flexibilización que, de una forma razonable -por ejemplo, en materia presupuestaria- ya preveía el derecho administrativo”.

Ariño (*ibídem*: 105) concluye así el análisis de estas tendencias que privatizan el Estado y lo liberan del derecho y de controles efectivos: “La conclusión viene por sí sola: ya sea mediante la actuación a través de entes diversos, que someten todo o parte al derecho privado, ya sea mediante la actuación de unas degradadas reglas del derecho público (un derecho administrativo progresivamente relajado), el resultado es el mismo: el Estado se ve progresivamente ‘privatizado’ -esto es, liberado del Derecho- y actúa fuera de todo efectivo control. Todo ello, en aras de la suprema razón que es la ‘eficacia’. A ella se sacrifica cualquier garantía de objetividad, legalidad, igualdad y, en definitiva, justicia, que se ven puestas en grave crisis”.

Este debate ideológico y político se manifiesta en el campo jurídico en Colombia. Atehortúa (2007: 9) se expresa de la siguiente manera: “en materia de servicios públicos domiciliarios, en Colombia, por distintas vías, se ha venido abandonando el modelo de economía social de mercado consagrado en la Constitución de 1991, y adecuadamente desarrollado con las Leyes 142 y 143 de 1994, para en su lugar establecer un modelo que no obedece a un modelo definido, en

En Colombia, la tendencia predominante de las tres últimas décadas transita hacia la huida del Estado en la prestación de los servicios públicos, el abandono de su condición de proveedor y prestador de bienes y servicios y su traslado a los particulares.

el que prevalece una orientación ‘incierta’ que no permite construir una posición doctrinariamente consolidada”. El autor luego plantea lo siguiente: “La reflexión central se orienta a afirmar lo innecesario de volver al derecho administrativo convencional y generar un régimen de desigualdad entre todos los proveedores. Empero, ello no significa que el modelo consagrado en la Ley 142 sea inmodificable, por el contrario, lo que se buscará es la modificación del modelo para ratificar sus fundamentos básicos y mejorar algunas de las instituciones, en especial las referidas a la protección de los usuarios, al servicio universal, el criterio empresarial de la administración y gestión de los servicios y las empresas, y al afinamiento de los sistemas de control que no han sido suficientemente eficientes después de aplicación de la Ley 142 de 1994”.

En Colombia, la tendencia predominante de las tres últimas décadas transita hacia la huida del Estado en la prestación de los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios), el abandono de su condición de proveedor y prestador de bienes y servicios y su traslado a los particulares, su liberalización, desregulación y privatización. Así también, la eliminación de los monopolios estatales y su entrega a los monopolios o a los oligopolios transnacionales⁷, que ejercen y abusan de su posición dominante en el mercado nacional y los convierten en mercancías y negocios rentables, fuente de su enriquecimiento incontrolado, en perjuicio de la satisfacción de las necesidades esenciales de la población colombiana y de sus derechos económicos, sociales y culturales.

El ordenamiento jurídico de derecho público se reemplaza por el de derecho privado y la jurisdicción especializada o contenciosa administrativa se reemplaza por la ordinaria, civil o comercial (Montaña, 2005), adecuándose las instituciones jurídico-políticas y económico-sociales a los principios y políticas del FMI, Banco Mundial, OMC, UIT, OCDE y a los Tratados de Libre Comercio. En contravía de las tendencias progresistas, en la Corte Constitucional ha surgido y se ha desarrollado una tendencia neoliberal que pone el énfasis en el ánimo de lucro individual, en la rentabilidad financiera de los empresarios, en la mercantilización y privatización de los servicios públicos esenciales. Ha construido una línea jurisprudencial, entre otras, con las sentencias relacionadas con la Organización Mundial de Comercio y sus principios de internacionalización de la economía, del libre mercado, de la liberalización y las privatizaciones (Sentencia C-137 de 1995); el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de

la OMC (Sentencia C-369 de 2002); y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos, inspirado en los mismos principios (Sentencia C-750 de 2008).

Los prestadores de los servicios públicos domiciliarios

El Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales y del principio de reserva de la ley en estas materias (Corte Constitucional de Colombia, 2008), expidió la Ley 142 de 1994 o de *Servicios Públicos Domiciliarios*. En su artículo 1º estableció cuáles son los servicios públicos considerados como domiciliarios actualmente en Colombia y textualmente declaró: “Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural⁸; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley” (Congreso de la República de Colombia, 1994).

De acuerdo con el artículo 15 (Congreso de la República de Colombia, 1994), pueden prestar SPD:

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

Por su parte, el artículo 16 establece requisitos especiales para los productores marginales independientes o para uso particular. De

acuerdo con el artículo 17 (Congreso de la República de Colombia, 1994), las empresas de SPD tienen el siguiente régimen jurídico:

Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1°. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Según las Definiciones Especiales establecidas en el artículo 14 de la Ley 142, que se tendrán en cuenta para interpretar esta norma, las empresas de SPD pueden ser oficiales, mixtas o privadas (Congreso de la República de Colombia, 1994):

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

La regulación económica de los Servicios Públicos Domiciliarios

El concepto de regulación no es sinónimo ni hace referencia a la función legislativa o reglamentaria de los SPD. Se aplica en sentido restrictivo para hacer referencia a la facultad estatal de intervenir en la economía y específicamente en los SPD como actividad económica.

Como resultado de los procesos de liberalización de la economía y de la privatización de las empresas del Estado y de los servicios públicos ocurridos en las últimas tres décadas, el Estado se ha transformado de interventor, proveedor o prestador, en regulador y controlador. La intervención estatal ha asumido la regulación económica como una actividad fundamental, funcional al desenvolvimiento del mercado.

Lizarazo y Anzola (2004: 9), al analizar las características de la regulación económica y su función, destacan: “Si las formas tradicionales de intervención implicaban de suyo una negación de la economía de mercado, las formas actuales son una afirmación del mismo, en la medida que su objetivo es garantizar el funcionamiento de éste. En

En Colombia, se adopta para las empresas públicas las lógicas del mercado, sin protección y en condiciones de igualdad, en “libre competencia” con los monopolios o los oligopolios nacionales y transnacionales, convirtiéndolos en actores principales y reemplazo de los estatales.

este contexto la regulación se convierte en el principal instrumento de la intervención moderna”. Y, en este contexto liberalizador y privatizador se crean los entes de regulación.

Para Solanes (1999: 7), “el término regulación no es un vocablo profesionalmente unívoco. Sin embargo, en esta disciplina⁹ tiene una acepción común, que es la de control habitual enfocado sobre actividades importantes para la comunidad, efectuado por una entidad pública”. Refiriéndose a su naturaleza, expresa: “Es un concepto legal con raíces político-económicas, que derivan de la tensión filosófica entre dos extremos de la organización económica: el mercado y el interés público”. A continuación explica esta tensión: “En el primero, se parte de la base de la libertad con restricciones muy limitadas para perseguir el propio interés. En el segundo, el Estado trata de fomentar comportamientos que teóricamente no tendrían lugar sin intervención. En este contexto, la regulación es una directiva cuyo objeto predicado es el interés público a través de normas de derecho público que el Estado aplica en forma coercitiva y centralizada” (*ibídem*).

Para Betancur (2004: 200-201), “Regular en el sentido económico es encausar actividades que desarrollan agentes con su propia iniciativa con propósitos de lucro. Es un instrumento de intervención estatal alternativo a la propiedad pública de las entidades prestadoras”. Al referirse a su aplicación en Colombia, expresa: “Regular es interferir en la iniciativa de los particulares que, en principio, tienen libertad para desarrollar o no desarrollar una actividad y, si lo hacen, pueden organizarse como quieran, cobrar los precios que deseen, tener tantas empresas y en tantos ramos como su capacidad les permita, etc. La libertad de iniciativa, la libre empresa y la propiedad privada son, al fin y al cabo, piedra angular del sistema capitalista que la Constitución respalda, antes y después de 1991” (*ibídem*). Y en materia de servicios públicos, Betancur precisa: “el Constituyente de 1991 lo que hizo fue adoptar como política pública para los servicios públicos el criterio de eficiencia, la regulación obligatoria y el retraining del Estado como prestador” (*ibídem*).

En Colombia, de acuerdo con el modelo constitucional vigente, se mantiene la intervención estatal en la economía, que podría denominarse de nuevo tipo. Se adopta para las empresas públicas las lógicas del mercado, sin protección y en condiciones de igualdad, en “libre competencia” con los monopolios o los oligopolios nacionales y transnacionales, convirtiéndolos en actores principales y reemplazo de los estatales.

Recordando lo que ocurría durante la vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas de marcada tendencia intervencionista, como las de 1936, 1945 y 1968, Bastidas (2014: 51-61) concluye: “Antes de la Constitución de 1991, era común ver que muchas de las necesidades básicas insatisfechas eran solucionadas por el andamiaje estatal. El transporte urbano, el suministro de energía, los teléfonos, la televisión, la salud pública, la recolección y disposición de basuras, la infraestructura, en fin, todo eso, estaba en manos del Estado. Los particulares intervenían en forma muy ocasional como agentes delegados del Estado”.

Bastidas (2014: 60-61), al referirse a la producción, utilización y consumo de bienes y la organización de los servicios públicos y privados, vigentes en la Constitución Política de 1991, indica que “son todas tareas que se realizan dentro de lo que se conoce como libertad económica y libre iniciativa privada”. En cuanto al papel del Estado, señala que “dirige en forma general la economía e interviene en esas actividades para racionalizarlas” (*ibídem*: 60). Este interviene, primero, mediante la función pública regulatoria, legislativa o reglamentaria; segundo, como agente económico del mercado, cuando asume materialmente el papel de proveedor de bienes y servicios (*ibídem*: 60). “De hecho -concluye Bastidas- el artículo 365 de la Constitución dice que el Estado podrá prestar servicios públicos, pero que, en principio, la prestación de esos servicios estaría en manos de particulares e incluso de comunidades organizadas” (*ibídem*: 60).

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples sentencias sobre la regulación económica y social de los servicios públicos en general y de los domiciliarios. La Sentencia C-150/03, con Ponencia del magistrado Manuel José Cepeda, al referirse al control económico y social, expresó: “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación

No están prohibidos los monopolios privados nacionales o multinacionales en los servicios públicos y más específicamente en los domiciliarios. En sentido contrario, sí existe un ordenamiento constitucional y legal opuesto a los monopolios estatales en estas actividades económicas.

tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Posteriormente, al referirse a su aplicación en los SPD, Cepeda expresó: “Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un ‘Estado interventor’ a un ‘Estado regulador’, es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII ‘Del régimen económico y de la hacienda pública’. Ello se aprecia al interpretar armónicamente los artículos de la Carta al respecto, principalmente los artículos 1°, 2°, 150 num. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

En Colombia, la regulación de los SPD es realizada por las Comisiones de Regulación, que tienen como funciones generales las de regular los monopolios en la prestación de los SPD cuando la competencia no sea, de hecho, posible. En los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten SPD, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2014). Donde hay monopolios, regularlos; donde hay competencia, promoverla; donde hay posición dominante, permitirla; donde hay abusos, prohibirlos y sancionarlos¹⁰.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, constitucional y legalmente no están prohibidos los monopolios privados nacionales o multinacionales en los servicios públicos y más específicamente en los domiciliarios, tampoco su posición dominante y lo que se sanciona es el abuso de esta. En sentido contrario, sí existe un ordenamiento constitucional y legal opuesto a los monopolios estatales en estas actividades económicas que progresivamente se vienen trasladando a los particulares, y que terminan reemplazando los monopolios públicos por los privados.

Los usuarios de los SPD no tienen ninguna representación en la Comisiones Reguladoras (Art. 71 de la Ley 142 de 1994), en las cuales se definen asuntos de gran importancia y de impacto para ellos, como las fórmulas para la fijación de tarifas; se señalan cuándo hay suficiente competencia para decretar la fijación libre de las mismas (Art. 73.11 y 88); se fijan las tarifas por petición de las empresas y sus propuestas; y también se expiden conceptos de legalidad sobre los contratos de condiciones uniformes (Art. 73.10)¹¹. Su participación se

limita a dar opiniones sobre los modelos tarifarios, cuando se publican los proyectos de las resoluciones, o cuando se convocan audiencias públicas, en forma eventual o aleatoria.

En consecuencia, la participación de los usuarios en las Comisiones Regulatoras y en sus decisiones es absolutamente precaria y sin impacto favorable a sus intereses y derechos. Se desconoce el derecho de participación ciudadana, fundamento de la democracia, so pretexto de que allí se tratan asuntos eminentemente técnicos, en una actividad de tanto impacto social y de conflictos permanentes entre los dos polos de la relación contractual de los SPD: de un lado, el dominante (los operadores), y del otro, los dominados (los usuarios). La soberanía popular no exceptúa los asuntos técnicos, aquí entregados a tecnócratas ligados a las élites económicas y políticas (Matias, 2011: 169-170).

Stapper (2009: 10), en su condición de Experto Comisionado de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, se refiere a la discusión sobre las funciones de los entes reguladores de los servicios públicos, sobre su independencia, sobre las amenazas de su captura y del oportunismo político, sobre la forma de evitarlos y sobre la participación ciudadana como componente importante para lograrlo. Específicamente plantea lo siguiente: “Subyace a esta discusión, la exigencia de independencia del regulador frente a su legitimidad. El regulador debe actuar como fiel de la balanza entre dos intereses legítimos: el de los usuarios y el de los prestadores. (...) Empero, todas estas decisiones que impliquen la tensión entre los intereses contrapuestos, las más de las veces, hacen indispensable que el regulador se encuentre protegido contra la captura por parte de los prestadores y del oportunismo político frente a los usuarios. La colegiatura, a través de la que se toman las decisiones regulatorias en Colombia, es importante bastión contra esas amenazas; sin embargo, se debe profundizar en los procesos de participación ciudadana para hacer más transparente la regulación”.

Ahumada, Sánchez y Moreno (2004: 82), en la investigación titulada *Caso Colombia: la política de servicios públicos domiciliarios en Colombia y las nuevas relaciones Estado-Sociedad*, concluyen: “Al ser las Comisiones de Regulación las instancias de definición y formulación de las políticas generales del sector, es entendible la férrea oposición expresada por las empresas a que los usuarios puedan tener allí algún tipo de representación (...) De la misma forma, los mecanismos de participación que se presentan en la ley son considerados bastante

limitados y solo como excusa para poder afirmar que los usuarios sí son tenidos en cuenta y participan, cuando de hecho todo ello no está sucediendo. A juicio de estos, ello es verdad si se mira la forma en que la participación se ha venido dando solo en temas como la presentación de quejas y reclamos, pero no se les permite tener una real incidencia en cuestiones como las privatizaciones, el establecimiento de las tarifas y los procesos de estratificación”.

El régimen tarifario, de acuerdo con el artículo 367 constitucional, tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de los ingresos. La fijación de las tarifas se fundamenta en los principios de eficiencia financiera, suficiencia económica y onerosidad universal (Arts. 333, 334, 365-370 de la C.P. y 87 de la Ley 142 de 1994). La onerosidad universal (Arts. 89 y 99 de la Ley 142 de 1994) exige que todos los usuarios, sin excepción de ninguna naturaleza, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, tienen la obligación de pagar los servicios recibidos por parte de las empresas prestadoras públicas, privadas o mixtas en forma diferenciada, de acuerdo con el estrato socioeconómico a que pertenezcan o al sector industrial o comercial¹².

La solidaridad y la redistribución del ingreso se resuelven por medio de los subsidios y las contribuciones. El artículo 368 constitucional estableció que la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios de sus presupuestos a favor de las personas de menores ingresos, para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. Como la Constitución no los obliga a pagar, la ley estableció un sistema de subsidios cruzados a la oferta (menor precio del costo medio) en beneficio de los estratos 1, 2 y 3 y a cargo de las contribuciones (mayor precio del costo medio) de los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial, administrados por una cuenta creada por los municipios denominada “Fondo de solidaridad y redistribución de ingresos” (Arts. 89, 99 y 100 de la Ley 142 de 1994) (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2013: 199-206).

La propuesta original sobre la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios de iniciativa gubernamental, de acuerdo con los artículos 96 y 97 y la Exposición de Motivos, planteó que las contribuciones deben “desaparecer gradualmente, en un periodo de seis años, mientras la Nación y las entidades territoriales encuentran formas de financiar los subsidios que tengan impactos menos nocivos sobre la asignación

Las tarifas de los Servicios Públicos Domiciliarios se han flexibilizado, con tendencia hacia el régimen de libertad de precios, regulados por el mercado.

eficiente de los recursos en la economía colombiana” (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 1995: 38-39).

Las protestas sociales por la falta o falla en el servicio, acompañadas de los altos niveles de las tarifas, no han permitido la eliminación de los subsidios (Archila ...[et al], 2002); en consecuencia, la eliminación de las contribuciones se ha venido aplazando y estas se han convertido en permanentes, ya que la anunciada búsqueda de otras fuentes para financiar los subsidios no fue más que una promesa incumplida.

Las tarifas de los SPD se han flexibilizado, con tendencia hacia el régimen de libertad de precios, regulados por el mercado. El dirigente social Pulido Sierra (2005), al analizar los mecanismos de la especulación tarifaria en el Diagnóstico de su *Propuesta social sobre reforma al régimen de servicios públicos* (o Ley 142 de 1994), expresa: “i) La Ley 142 de 1994 determinó la **libertad de costos y tarifas**, bajo el supuesto que la ‘mano invisible del mercado’ y el criterio de libertad regulada debían controlar las tarifas de los servicios públicos. ii) El resultado obtenido ha sido la generación de una serie de **sobrecostos tarifarios estructurales**, como consecuencia de la liberación tarifaria, según la cual las empresas establecen, sin control alguno, los costos para el cálculo de tarifas. iii) Adicionalmente, las empresas están autorizadas para aplicar los siguientes **ajustes tarifarios**: por inflación, por gradualidad en la tarifa meta hasta equilibrar los supuestos costos e inversiones con los ingresos, por el desmonte del subsidio y/o voladura de torres, por sanciones y hasta corrupción (casos Guavio, Termo Río, etc.)”. Señala, al respecto, que “los incrementos tarifarios (estrato 4) en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en Bogotá fueron del 320,4%, 353,9% y 57,4% respectivamente, mientras que las empresas aumentaron sus ingresos en el 186,2% (EAAB) y 192,2% (ECSA), durante el período 1998 a 2002” (*ibídem*: 27).

El control de los Servicios Públicos Domiciliarios

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, creada en la Constitución Política de 1991 (Art. 370), cumple la importante función de control, inspección y vigilancia de las empresas de SPD y la de proteger los derechos de los usuarios. Sin embargo, carece de los recursos humanos y técnicos suficientes y necesarios para el cumplimiento de sus complejas funciones.

El abundante número de recursos de apelación que los usuarios interponen por la negativa reiterada de los operadores de resolver

favorablemente sus peticiones, quejas y recursos, y por el abuso reiterado de su posición dominante, ocasiona una gran congestión. Con frecuencia, como ocurrió en el primer semestre de 1997, por petición del entonces Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, Jaime Pulido Sierra, se declaró una especie de “emergencia administrativa” para contratar temporalmente abogados externos¹³ ante la escasa planta de personal idóneo para ese tipo de trámites.

Para Guerra García (2003), la congestión, que genera demoras exageradas en la resolución de los numerosos recursos de apelación interpuestos ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, impacta en forma negativa la eficacia de los procedimientos administrativos, los derechos y las garantías de los usuarios.

La Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Evamaría Uribe, hizo un juicio crítico al trámite de leyes en el Congreso, unas aprobadas, como la 1341 de 2009 o de las TIC, y otras en trámite, como la relacionada con la Autoridad Única de Competencia¹⁴, que disminuyen las funciones y eliminan dependencias en perjuicio de las funciones de vigilancia y control y de los usuarios: “El proyecto de ley de TIC, al eliminar la Superintendencia Delegada de Telecomunicaciones, se lleva el 37% de las funciones que ejerce la Superservicios en materia de vigilancia de los servicios y de las empresas y para el beneficio y la protección de los usuarios. El Proyecto de Autoridad Única de Competencia, nos despoja de alrededor del 20% de nuestras facultades, facultades que ejercemos de manera activa y permanente en todos los servicios bajo nuestra vigilancia” (Uribe, 2009).

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 162-2004, sobre reforma del régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, promovido por el dirigente social Jaime Pulido, se manifiesta: “La Superservicios y las Comisiones de Regulación carecen de recursos técnicos, financieros y humanos para verificar la veracidad de los costos reportados por cada una de las empresas a efectos de determinar las tarifas. Su papel se ha limitado al de simples **notarías**, ante las decisiones empresariales en materia de costos, tarifas, inversiones, prácticas comerciales y demás asuntos” (Cámara de Representantes de Colombia, 2004).

La Corte Constitucional sobre regulación y control de los Servicios Públicos Domiciliarios

Después de estudiar la Ley 142 de 1994 sobre SPD y las importantes funciones de regulación ejercidas por las comisiones reguladoras, y

de control ejercidas por la Superintendencia de Servicios Públicos, llama la atención el punto de vista de la Corte Constitucional de Colombia (2003a) en cuanto al papel que le corresponde al derecho administrativo en las condiciones actuales, y a las obligaciones del Estado relacionadas con la policía administrativa y de garante de los servicios públicos, así como de la participación ciudadana en el actual modelo globalizador y privatizador predominante en Colombia: “El derecho administrativo es ámbito del derecho que regula las relaciones jurídicas de interés público en las que participan partes desiguales y en las que se ejercen relaciones de poder o potestades públicas autorizadas por el orden jurídico”. Por otra parte, sostiene: “Dado que el modelo de desarrollo económico y social predominante en la actualidad, globalizador y privatizador, le implica al Estado ocuparse de dos actividades centrales: la de policía administrativa y la de garante de los servicios públicos, y teniendo en cuenta que esta última función se fundamenta en el ‘interés general’ y la ‘solidaridad social’, el derecho administrativo ha tenido que transformarse, al pasar de estar al servicio del Estado, para asumir hoy la defensa del ciudadano, entendida como la protección del débil, la prioridad de la inversión social, el control a los abusos de poder de los gobernantes, la búsqueda de la sostenibilidad del medio ambiente, el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de la participación ciudadana y/o en síntesis la materialización del Estado Social de Derecho” (Corte Constitucional de Colombia, 2003b).

Se trata de rescatar un derecho administrativo garantista de los derechos de los usuarios de los SPD y no del imperio de la autonomía de la voluntad. De un derecho público que regule las relaciones jurídicas de interés público y no del Estado de derecho al servicio de los monopolios privados nacionales y transnacionales, que hoy controlan los mercados y los Estados del planeta.

Santos (2009: 16), al preguntar ¿cómo garantizar la legitimidad del poder político asentada en el consenso de los ciudadanos, si se agravan las desigualdades sociales?, contesta: “el derecho es una respuesta también débil porque ha convivido con regímenes autoritarios y con la impunidad de los más poderosos; porque con el positivismo lo que es jurídicamente correcto prevalece sobre los que es socialmente justo; porque las clases populares han experimentado toda la vida la dimensión represiva del derecho y mucho menos su dimensión protectora; porque dentro de esa dimensión protectora vive un cinismo sistémico sólido que refleja en la fatalidad la discrepancia que se

Los servicios públicos domiciliarios necesitan un régimen jurídico especial de derecho público con la participación activa del Estado en su prestación, regulación y control.

establece entre el derecho que está en los códigos y el derecho que se aplica efectivamente”.

Conclusiones

Los servicios públicos domiciliarios constituyen una categoría especial de los servicios públicos. Son bienes insustituibles, necesidades esenciales de la población, derechos fundamentales y una actividad económica ligada a la existencia, calidad y dignidad de la vida humana. Necesitan un régimen jurídico especial de derecho público con la participación activa del Estado en su prestación, regulación y control.

Su positivización constitucional se realizó en la Constitución Política de Colombia de 1991. Se ha venido desarrollando por la Ley 142 de 1994 y sus reformas, que se han orientado en diferente sentido, introduciendo elementos contradictorios de un Estado interventor y prestador de servicios públicos y de otro, regulador y controlador. El ordenamiento jurídico vigente (constitucional y legal) contiene una tensión entre un modelo social y un modelo privatista, desregularizador y liberalizador, en ascenso y profundización.

El Estado se restringe a las facultades de regulación y control, flexibilizadas e ineficaces, que “dejan hacer y dejan pasar” a los monopolios privados, criollos o transnacionales, que se reparten y concentran el cuantioso y rentable mercado nacional en este importante “negocio” estratégico de los servicios públicos domiciliarios, en expansión y crecimiento acelerados. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por vía de revisión constitucional o de tutela en materia de servicios públicos domiciliarios en Colombia, también ha desarrollado simultáneamente una línea o tendencia “neoconstitucional” y otra “neoliberal”.

La discusión ideológica se centra en la existencia de tres posturas: en un extremo, la mercadocéntrica; en el otro extremo, la estadocéntrica; y una “tercera vía” que propone las alianzas público-privadas (APP). Este debate se expresa en lo jurídico político y en lo económico social, siendo necesario el desarrollo de un ordenamiento jurídico, constitucional y legal, una jurisprudencia y una doctrina que estimulen la creación de condiciones materiales para la cobertura universal de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en condiciones de calidad y eficiencia y de mejora de la calidad de vida a los colombianos. Igualmente, de un modelo socioeconómico y político jurídico auténticamente social y democrático, garante formal y material de los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales y no como mercancías que se venden y se compran en un mercado libre.

Notas

(1) “Mutación del derecho administrativo. El derecho administrativo, concebido tradicionalmente como el conjunto de reglas aplicables a los actos y relaciones jurídicas en las que el Estado hace parte y que excepcionan el derecho común, se ha transformado sustancialmente con la evolución contemporánea del derecho y el Estado. Hoy, muchas de las actuaciones estatales son sometidas al derecho privado, y a su vez, las de los particulares son regidas por reglas propias del derecho público. La transformación del derecho administrativo obedece más a razones de orden políticas y económicas que a razones jurídicas propiamente dichas. Se fundamenta en la posibilidad estatal de intervenir en actividades industriales y comerciales, y a su vez en que los particulares realicen actividades que antes fueron reservadas en forma exclusiva al Estado” (Atehortúa, 2005: 33-34).

(2) Local, local extendida, larga distancia nacional y larga distancia internacional.

(3) Para varios estudiosos, entre ellos el filósofo político Oscar Mejía Quintana, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido varias etapas, las cuales se caracterizan por desarrollar, en forma predominante, “el bloque” social y democrático de la Constitución Política o “el bloque” neoliberal. En síntesis: primera etapa (1992-1997), segunda etapa (1997-2000) y tercera etapa (2000-2007) (Matias: 2011). Siguiendo este esquema, se estaría en la cuarta etapa (2007-2015), en la cual se presenta mayor tendencia hacia la liberalización económica y graves hechos de tráfico de influencias. El más grave, el Caso de Jorge Pretelt, quien, en su condición de Presidente de la Corte Constitucional, fue denunciado formalmente por otro Magistrado ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes por haber pedido 500 millones de pesos (doscientos mil dólares) para decidir a su favor una tutela de la fiduciaria Fidupetrol, condenada por la Corte Suprema de Justicia por apropiación indebida de recursos de entidades territoriales.

(4) Esta sentencia de tutela, junto a la Sentencia N° T-406/92, constituyen hitos fundacionales en materia de servicios públicos domiciliarios y de estos como derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia: 1992b).

(5) “El Nuevo Orden Constitucional Colombiano contiene una contradicción entre un componente neoconstitucional y otro neoliberal. Este último es el nuevo. Anteriormente inexistente, su desarrollo constitucional, jurisprudencial y legal, las políticas públicas puestas en marcha bajo su protección y las evidencias empíricas de los veintitrés años de vigencia y aplicación, demuestran que el componente neoliberal ha venido profundizándose, expandiéndose y consolidándose como el principal y dominante” (Matias y Estupiñán, 2014: 1).

(6) “Isagen es una empresa eficiente y rentable en términos económicos y estratégicos para el Estado, el sector productivo nacional y las regiones del país. Ni

está mal administrada ni le drena recursos a las finanzas públicas... Ahora el Gobierno Santos plantea venderla toda, dizque para invertir los recursos en infraestructura vial. Una inversión por lo demás necesaria, pero que no debe hacerse a costa de Isagen... Isagen no es solo una empresa pública bien administrada y económicamente rentable sino que en términos de las obligaciones propias de un Estado social y democrático como el colombiano, cumple la tarea fundamental e indelegable de ser la reguladora en última instancia del precio para la venta en bloque de energía a sus distribuidores. El Gobierno tiene la responsabilidad de garantizar la ejecución de los proyectos establecidos en el Plan de Expansión Eléctrico, que no adelanten inversionistas privados (Ospina, 2013)”.

(7) “A septiembre de 2014, la participación en el mercado de telefónica móvil en Colombia que tienen los Proveedores de Redes y Servicios Móviles, se encuentra distribuida de la siguiente manera: Proveedor de Telefonía Móvil Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. (54,66%), seguido de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. con una participación del 23,48%, Colombia Móvil S.A. E.S.P. (16,22%), Virgin Mobile S.A.S. (3,18%), Uff Móvil S.A.S. (0,78%), y los demás proveedores (4) de telefonía móvil con una participación del 1,68%” (MINTIC, 2014: 31). Los demás proveedores se distribuyen el 1,68% de la siguiente manera: Uff Móvil S.A.S. (0,78%), UNE EPM Telecomunicaciones S.A. (0,71%), Almacenes EXITO Inversiones S.A.S. (0,51%), Avantel S.A.S. (0,46%), Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (0,09%) (MINTIC, 2014: 31).

(8) Servicios derogados por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 o de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Congreso de la República de Colombia, 2009b).

(9) La economía.

(10) La posición dominante sobre el mercado está constitucional y legalmente permitida (Art. 333 de la C.P. y Art. 14.13 de la Ley 142 de 1994) y se ejerce cuando se controla el 25% o más del mismo por parte de un operador. Se prohíbe y se castiga su abuso.

(11) Es el caso del Contrato de Condiciones Uniformes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que introdujo en su texto el cobro de cargos fijos de acuerdo con el número de pisos, de habitaciones o cocinas de una unidad residencial, con un solo contador, violando de manera expresa la Ley 142 de 1994, la doctrina de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y del Consejo de Estado. Este Contrato tiene el concepto de legalidad de la Comisión Reguladora de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, por medio de la Resolución N° 151 de 2001. El Contrato ilegal ha sido alegado a su favor por parte de la empresa ante las acciones de grupo adelantadas por los usuarios perjudicados por estos cobros ilegales e injustos, que en buena parte son de los estratos populares, como los habitantes de inquilinatos (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2009).

(12) “Artículo 102. Estratos y metodología. Los inmuebles residenciales se clasificarán máximo en seis (6) estratos socioeconómicos (1, bajo-bajo; 2, bajo; 3, medio-bajo; 4, medio; 5, medio-alto; 6, alto) dependiendo de las características particulares de los municipios y distritos y en atención, exclusivamente, a la puesta en práctica de las metodologías de estratificación de que trata esta ley” (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2013: 228-229).

(13) El autor de este trabajo se desempeñó, en el primer semestre de 1997, como abogado externo en la coordinación de un grupo de abogados dedicados a la solución de los recursos de apelación en la Superintendencia Delegada de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, ante la congestión existente y los pocos abogados vinculados a la planta de personal para esas labores.

(14) Actualmente es la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia (Congreso de la República de Colombia, 2009).

Bibliografía

- Agudelo Villa, Hernando (1998), *La vuelta del péndulo: el colapso del modelo neoliberal en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores.
- Ahumada, Consuelo (1996), *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Áncora Editores.
- Ahumada, Consuelo; Sánchez, Javier; y Moreno, Álvaro (2004), “Caso Colombia: la política de servicios públicos domiciliarios en Colombia y las nuevas relaciones Estado-sociedad”, en *Las políticas públicas y las nuevas relaciones Estado-sociedad: los casos de Chile, Colombia y Guatemala*, María A. Huerta ...[et al] (coords.), Bogotá, OEA-AICD, Universidad Alberto Hurtado, Universidad Rafael Landívar, Universidad Javeriana.
- Archila, Mauricio ...[et al] (2002), *25 años de luchas sociales en Colombia: 1975-2000*, Bogotá, Centro de Investigación y Educación Popular.
- Ariño, Gaspar (2003), *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Presidencia de la República.
- Atehortúa, Carlos Alberto (2005), *Servicios públicos domiciliarios: legislación y jurisprudencia*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike. 2. ed.
- _____ (2007), *Mutaciones y transformaciones en el sector de los servicios*

- públicos domiciliarios*, Bogotá, Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones.
- Bastidas, Hugo (2014), “La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos: contexto”, en *Revista de Derecho y Economía*, N° 41, pp. 55-61.
- Betancur, Luis Ignacio (2004), “Política pública y regulación en algunos servicios públicos”, en *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Liliana Lizarazo y Marcela Anzola (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario.
- Bustamante, Jorge (2007), *En defensa de los departamentos y municipios. Descentralización del gasto social: pérdidas de las entidades territoriales 2008-2016 (Cuarto Debate)*, Bogotá, Partido Liberal Colombiano, Internacional Socialista. Tomo II.
- Cámara de Representantes de Colombia (2004), “Proyecto de Ley N° 162-2004. Cámara. Sobre reforma al régimen de Servicios Públicos Domiciliarios: Ley 142 de 1994”, Bogotá, Partido Liberal Colombiano; Comisión Nacional de Servicios Públicos.
- Child, Jorge (1994), “Internacionalización”, en *Revista Colombiana de Ciencias Económicas*, N° 14, pp. 1-5.
- Congreso de la República de Colombia (1994a), “Ley 142 de 1994”, en *Diario Oficial*, N° 41.433, Bogotá, 11 de julio, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html, 15-02-2015.
- _____ (1994b), “Ley 143 de 1994”, en *Diario Oficial*, N° 41.434, Bogotá, 12 de julio, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0143_1994.html, 15-02-2015.
- _____ (2009a), “Ley 1340 de 2009 (julio 24), por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, en *Diario Oficial*, N° 47.420, Bogotá, 24 de julio, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html, 23-05-2015.
- _____ (2009b), “Ley 1341 de 2009 (julio 30), por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, en *Diario Oficial*, N° 47.426, Bogotá, 30 de julio, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1341_2009.html, 23-05-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (1992a), “Sentencia

- T-578 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero”, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>, 15-02-2015.
- _____ (1992b), “Sentencia N° T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón”, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>, 15-02-2015.
- _____ (2003a), “Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda”, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia, <http://www.constitucional.gov.co/corte>, 14-02-2015.
- _____ (2003b), “Sentencia C-037 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur”, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, <http://www.acj.org.co/sentencias/c-037-03.htm>, 10-01-2015.
- _____ (2008), “Sentencia SU-1010 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil”, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/su-1010-08.htm>, 15-02-2015.
- De Laubadère, André (1984), *Manual de derecho administrativo*, Bogotá, Editorial TEMIS.
- Duguit, León (1926), *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Editorial Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera. 2. ed. _____ (2005), *Manual de derecho constitucional*, Granada, Editorial Comares.
- Estrada, Jairo (s.f.), *Instituciones del orden neoliberal y Tratados de Libre Comercio*, <http://www.espaciocritico.com/articulos/Je-a20.htm>, 10-02-2015.
- Guerra García, Yolanda (2003), “Eficacia de los recursos del usuario de los servicios públicos domiciliarios; informe final de investigación”, en *Acta N° 0035: Libro de Actas*, Bogotá, Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
- Lemos, Carlos (1998), “Prólogo”, en *La violencia de los 90's*, Juan Manuel López, Bogotá, Ediciones Gráficas Ducal.
- Lizarazo, Liliana y Anzola, Marcela (eds.) (2004), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- Matias Camargo, Sergio Roberto (2002), *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: análisis socio jurídico*, Bogotá, Universidad Libre.
- _____ (2005), “El municipio en Colombia”, en *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia*,

- José Luis García y Emilia Girón (coords.), Jerez de la Frontera, Junta de Andalucía, Universidad Libre, Universidad de Cádiz.
- _____ (2011), *La política pública de liberalización y privatización de las telecomunicaciones en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre.
- _____ (2013), “La teoría del servicio público y las telecomunicaciones”, en *Diálogos de Saberes*, N° 38, pp. 43-62.
- Matias Camargo, Sergio Roberto; y Estupiñán Achury, Liliana (2014), “Contradicciones del constitucionalismo colombiano contemporáneo”, en *Revista Republicana*, N° 17, pp. 41-66.
- MINTIC (2014), *Boletín Trimestral de las TIC*, Bogotá, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Tercer Trimestre.
- Monereo, José Luis y Calvo, José (2005), “La teoría jurídica de León Duguit”, en *León Duguit: Manual de Derecho Constitucional*, José Luis Monereo y José Calvo (eds.), Granada, Editorial Comares.
- Montaña, Alberto (2005), *El concepto de servicio público en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2. ed.
- Ospina, Juan Manuel (2013), “Vender Isagen: un mal negocio. Nuestra empoderada tecnocracia ni aprende ni cede”, en *El Espectador*, 8 de agosto, <http://www.elespectador.com/opinion/vender-isagen-un-mal-negocio-columna-438714>, 08-08-2013.
- Pulido Sierra, Jaime (2005), *Propuesta social sobre reforma al régimen de servicios públicos (Ley 142 de 1994)*, Bogotá, Partido Liberal Colombiano; Secretaría Nacional de Organizaciones Sociales.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009), *La sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- _____ (2012), “El neoliberalismo facilitó secuestro del derecho por las transnacionales, hasta el punto que la legalidad va a la par con la ilegalidad”, en *Cronicon*, <http://www.cronicon.net/paginas/edicant/Ediciones68/nota001.htm>, 25-02-2015.
- Sarmiento, Eduardo (2001), “El absurdo económico de las privatizaciones: el caso de Telecom”, en *Revista Academia Colombiana de Ciencias Económicas*, Nos. 70-79, pp. 19-27.
- Solanes, Miguel (1999), *Servicios públicos y regulación: consecuencias legales de las*

- fallas de mercado*, Santiago, Naciones Unidas, CEPAL.
- Stapper, Cristian (2009), *La regulación de los servicios públicos domiciliarios: eficiencia y protección de los derechos de los usuarios*, Bogotá, Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (1995), *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- _____ (2013), *Servicios públicos domiciliarios: régimen básico*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. 7. ed.
- _____ (2014), *Servicios públicos domiciliarios: régimen básico*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. 8. ed.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca (2009), “Sentencia de segunda instancia: acción de grupo”, Magistrado Ponente: Fredy Ibarra Martínez, del 30 de julio. Radicación N° 25000-23-15-000-2003-01786-02. Demandante, Acoprovi y otros. Demandado, Distrito Capital y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB).
- Uribe, Evamaría (2009), “Discurso de instalación”, en el XI Congreso Nacional y II Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Cartagena de Indias, Colombia, 24 de junio, <http://www.superservicios.gov.co/home/web/guest/inicio>, 08-08-2009.