

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Guillermo Cardona Martínez

Abogado UPB, Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín

Alvaro Francisco Gaviria Arango

Abogado UPB

Gloria Amelia Piedrahíta De Salazar

Ana María Salazar Piedrahíta

302925

Dada la extensión y complejidad del tema, para el presente ensayo se fijaron tópicos específicos de gran importancia sobre la materia.

Inicialmente se tratará de establecer una definición del concepto o noción de servicio público en general y servicio público domiciliario en particular, para luego precisar la categorización y especial relevancia que los mismos adquieren a partir de la Constitución Política de 1991, en la que se consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, y que los servicios públicos se consideran inherentes a la finalidad del Estado, debiéndose prestar, atendiendo a criterios de igualdad y solidaridad, salvaguardando principios, derechos y garantías. Se señalan políticas claras y precisas en materia económica: la libertad económica y la iniciativa privada, tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo, debiéndose destacar que ya la libertad de empresa no es de carácter absoluto, pues la empresa y la propiedad son también una función social.

Se amplía el sistema de prestación de los servicios públicos domiciliarios, al permitir la participación de los particulares en la ejecución de tareas que antes estaban reservadas exclusivamente al Estado, el cual mantiene la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Así mismo, en la Carta Política, se implementan mecanismos para la eficaz garantía y protección de los derechos fundamentales de los asociados, en su calidad ya de usuarios o consumidores, a quienes se les debe facilitar la participación en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y cultural de la Nación.

CONCEPTO O NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Sobre el concepto o noción de servicio público, a pesar de aparecer profusamente mencionado, ni la Carta Política ni la ley, han dado una definición general aplicable para todos los efectos legales que conlleva en nuestro ordenamiento jurídico la noción del servicio público. Para definirlo, la doctrina se ha ocupado del asunto, estableciendo su noción genérica, que es la que consagra el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º del Decreto 753 de 1956: "... se consideran servicios públicos, 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".

La ley 80 de 1993, artículo 2º, numeral 3º, denomina como servicios públicos: "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".

Concepto de servicio público domiciliario

Otro tanto sucede con el concepto de servicio público domiciliario, pues ni la Constitución ni la ley lo definen expresamente. Ha sido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia la que se ha encargado de dar una noción, manifestando que del estudio de los artículos 365 y 367 de la Carta Política, se puede concluir que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es una especie de aquél, agregando que son servicios públicos domiciliarios 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 que cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Atendiendo a las concepciones de los diferentes tratadistas, es posible dar un concepto de servicio público que identifique sus elementos esenciales. Servicio público, entonces, es una actividad general, uniforme, regular y continua, realizada por el Estado o por los particulares, conforme con las disposiciones legales que la regulan, para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general.

Clasificación de los Servicios Públicos.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la clasificación de los servicios públicos varió fundamentalmente. Allí se habla de los servicios públicos esenciales que no permiten la huelga (artículo 56); de los servicios públicos sociales (artículos 46, 48 y 64); de los servicios públicos comerciales o industriales (artículo 64) y de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367). Dentro de dicha clasificación existe toda una variedad que corresponde a la ley su determinación, como en el caso de los servicios públicos esenciales. Esa clasificación legal de los servicios públicos, muchas veces obedece a factores políticos, sociales, económicos, o a la existencia de necesidades básicas insatisfechas de la sociedad. El tratadista JOSE ROBERTO DROMI, en su obra *Las Funciones del Estado y Los Servicios Públicos*, recuerda lo siguiente:

Los servicios públicos se han clasificado de las más diversas maneras, con múltiples ópticas o criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos, etcétera; entre tales clasificaciones, podemos recordar:

- a) Servicios públicos con poder administrativo o sin él, vale decir, según requieran o no el ejercicio de públicas protestas y prerrogativas de poder público.
- b) Servicios públicos de gestión pública y servicios públicos de gestión privada, en mérito al sujeto titular de la prestación.
- c) Servicios *uti universi* y *uti singuli*, según que tengan por destinatario, respectivamente, a la colectividad o a concretos administrados.
- d) Servicios obligatorios y facultativos, de acuerdo con la exigibilidad, imperiosidad o necesidad de su prestación.
- e) Por el grado de sumisión al derecho administrativo, de mayor o menor, se habla de servicios ‘propiamente administrativos’, ‘industriales o comerciales’, ‘sociales’, ‘judiciales’, etcétera, identificando servicio público con toda la actividad pública y no sólo administrativa, como lo hace por ejemplo Francis Paúl Benoit, en obra citada.
- f) Servicios formales e informales, según contengan norma declarativa o no de servicio público.
- g) Servicio público propio o impropio, según sea prestado por el Estado o por personas privadas.

Éstas y cuantas otras clasificaciones que puedan formularse, con criterio inventado o por inventar, no significan ningún dato esencial de naturaleza sustantiva, en la supuesta particularidad del régimen jurídico

de los servicios públicos. Esas clasificaciones, además de tener un mero valor didáctico pedagógico, si se quiere, pueden hacerse igualmente, respecto de toda la actividad pública o del obrar en función administrativa.

En nuestro ordenamiento jurídico, es el Decreto Ley 1842/91, por el cual se expidió el Estatuto Nacional de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios, el que define por tales los de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local y telefonía de larga distancia nacional e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos. Posteriormente, la ley 142 de 1994, en su artículo 1421 dispone que son servicios públicos domiciliarios los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, dejando por fuera la recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos. Valga entonces señalar la definición que la ley trae de cada uno de tales servicios.

- Servicio público domiciliario de acueducto, llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición.
- Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos.
- Servicios públicos domiciliarios de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos principalmente sólidos.
- Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión, hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.
- Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio.
- Servicio público de larga distancia nacional o internacional. Es el servicio público de telefonía básica conmutada, que se presta entre localidades del territorio nacional o entre éstas en conexión con el exterior.

- Servicio público domiciliario de gas combustible. Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central, hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición.

Características de los servicios públicos domiciliarios

La Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 3 de noviembre de 1992, con un criterio finalista, explica las características de los servicios públicos domiciliarios, así:

- a) El servicio público domiciliario –de conformidad con el artículo 365 de la Constitución- 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.
- b) 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.
- c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.

Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata de establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional.

En concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución se concluye, en primer lugar, que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél. Y en segundo lugar se concluye entonces, que el acueducto es un servicio público domiciliario.

Así pues, la conexión de redes de acueducto y alcantarillado en un predio que lo habilite para ser ocupado posteriormente por las personas, no cumple con el tercer requisito relacionado con la satisfacción inmediata de las necesidades, ya que si bien se trata de un servicio público domiciliario (servicio de agua), su limitación o el incumplimiento en la prestación del servicio por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas, no constituye vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental por no encontrarse vinculada directamente la persona o el ser humano, sino la persona jurídica que contrató.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SERVICIOS PÚBLICOS

El artículo 1º de la Constitución Política de 1991 proclama que Colombia es un Estado social de derecho.

Para el Estado social de derecho, el destinatario primero del poderío del Estado, de la economía, sociedad, cultura e instituciones, es el hombre social concreto, bajo unas circunstancias singulares ciertas.

La persona aprehende y siente el Estado social de derecho, cuando el Estado desenvuelve sus funciones atendiendo las particularidades económicas, sociales y culturales diferentes.

Se puede afirmar entonces que el Estado social de derecho, en el cumplimiento de sus funciones, parte del hombre social genérico, para llegar a la unidad con el hombre social singular, previo estudio integral de la realidad en las cuales se mueve una persona.

El contenido o las implicaciones de la caracterización del Estado como “social y de derecho” han resultado para la ciencia jurídica un tema de no pacífica presentación, principalmente, por la confusión entre medios y fines que se entremezclan en este concepto. Partiendo de una simple aproximación, sin embargo, parece no haber discusión alguna en referirse a éste como aquél que persigue enfáticamente garantizar o asegurar un mejor estado de cosas para todos sus asociados. Así lo ha entendido buena parte de la jurisprudencia constitucional, donde la “dignidad humana” y la “calidad de vida” parecieran

convertirse en parámetros objetivos, que de uno u otro modo determinan la preocupación y consecuente persecución de los fines del Estado.

(...)dentro de la doctrina humanista y social que impera en la Carta Magna, la dignidad de la vida humana es el eje central sobre el cual giran los demás derechos fundamentales y sociales del hombre en comunidad; es más, el Estado tiene su razón de ser en la protección de la vida humana, así como en proyectar su función en aras de unas más justa calidad de vida; es por ello que siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien se reconoce su dimensión inviolable. Así, el orden jurídico total se encuentra al servicio de las personas, que es el fin del derecho, de suerte que le corresponde a los órganos públicos, colocar todos los medios posibles y adecuados a su alcance para proteger la vida humana de quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y en estado de extrema necesidad¹.

El Estado social de derecho no es ajeno con las condiciones de vida de los estratos más pobres del país. De hecho, su origen histórico está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de Occidente se dictaron con miras a paliar sus efectos.

En la actualidad, lo que se propone con esta forma típica de configuración estatal, va más allá de una mera actuación episódica o coyuntural, como quiera que la política social asume una más amplia imagen y de ella se sirve deliberada y permanentemente el Estado para inducir cambios de fondo dentro del sistema económico y social².

La “persecución” de la que se habló anteriormente, empero, no puede confundirse con la simple garantía a los particulares de un espacio de acción que les permita, en el desarrollo de sus relaciones recíprocas inmersas en las reglas del mercado, satisfacer sus necesidades; ya que justamente su consideración se genera con ocasión de una constatación de la realidad, caracterizada por las desigualdades reales en lo que respecta a la satisfacción de un estándar de necesidades insatisfechas.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-477/96. M.P. MORÓN, Díaz Fabio.

² CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia C-566 de 1995. M.P. Cifuentes, Muñoz Eduardo.

No implica tampoco la exigencia de una decidida e intensa intervención del Estado en la economía, como si ésta por sí sola lograra contrarrestar los males del mercado y de esta manera satisfacer una relativa equidad en las necesidades de los asociados que requieren satisfacción. Implica sí, ponerle fin, a un estado de cosas característico del Estado liberal del siglo XIX, en el que éste aparece con una actitud determinada tan sólo por la no intromisión y vulneración de derechos individuales que parecieran adquiridos antes de aparecer las normas constitucionales. Sobre este punto, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

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 relación 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 –hasta cierto punto– las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluída e interactiva relación entre lo público y lo privado³.

Las actuales circunstancias, caracterizadas entre otras por la alta participación de los particulares en sectores tradicionalmente ocupados de manera exclusiva por el Estado, hacen que resulte imposible una justificación del derecho administrativo a partir sólo de criterios subjetivos, pues los fines materializados en concretos deberes de la Administración Pública, terminarían por desvanecerse, frente a la imposibilidad de hacer referencia a actividades desarrolladas por sujetos diferentes a ésta.

De otro lado, los propósitos asistenciales o de alto contenido social, como una de las principales transformaciones en la teleología del Estado moderno, no deben ser entendidos como posibilidades a seguir por parte de los diferentes órganos del Estado, sino como un concreto imperativo constitucional, que

³ *Ibidem*

se manifiesta a través de principios como el del Estado social de derecho y de la concreta garantía de derechos fundamentales, principalmente aquellos calificados como sociales. Es por ello por lo que la prestación de los servicios públicos adquiere a partir de la Constitución de 1991 una nueva y preponderante dimensión:

(...) 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 (CP art 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 miembros⁴.

Como actividad inherente a la finalidad del Estado Social de Derecho, se tiene entonces, la prestación de los servicios públicos en general, y la de los servicios públicos domiciliarios en particular. A través de la prestación de los servicios públicos domiciliarios se pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, existiendo entre su prestación y la efectividad de determinadas garantías constitucionales fundamentales, un vínculo inescindible que llevó al constituyente de 1991 a consagrar que tales servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente (Art.365 C:P).

Ahora bien, tratándose de los servicios públicos, al Estado le importa más cumplir unos fines sociales, imponiendo obligaciones para establecer un equilibrio social. Actualmente al Estado no le interesa tanto producir como hacer que los demás produzcan; la tendencia actual de los Estados modernos no es la de seguir acumulando empresas, sino más bien la de instrumentar unas técnicas concertadas con las empresas privadas, que hagan jugar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de los programas nacionales.

Tratándose de servicios públicos domiciliarios, en éstos se despliega de manera particular el contenido social de los fines del Estado, toda vez que los mismos se le deben prestar a todos los habitantes del territorio nacional para la satisfacción mínima de sus necesidades vitales.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540/92. M.P. CIFUENTES, Muñoz Eduardo.



SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDIVIDUO

Uno de los fines esenciales del Estado colombiano es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución”, según lo proclama ésta en su artículo 2; efectividad que pretende lograrse en la práctica mediante la operación de mecanismos especiales y directos de orden judicial, que aseguren la eficacia real de las prerrogativas consagradas a favor de todos los individuos. Alguien, con verdadera autoridad intelectual, ha dicho que frente al tema de los derechos y libertades del pueblo, en nuestro medio se mudó de una “constitución o derecho en el papel” a “una constitución o derecho de la vida”.

Es de notar, que “el incremento notable del catálogo de derechos fundamentales, y la atribución a los jueces de potestades compulsivas para preservar su vigencia, removiendo situaciones amenazantes o dejando sin vigor actos oficiales (o asimilables a ellos) que los vulneren, implican dos cosas dignas de ser desveladas desde la perspectiva teórica que hemos asumido en esta ponencia: 1) La convicción de que las reglas generales (y de ellas son un ejemplo las que plasman principios) sí tienen fuerza motivante sobre los funcionarios que actúan el derecho en casos específicos (aserto frente al cual los realistas se mostraban escépticos) y 2) El reconocimiento de que, en lo atinente a los derechos fundamentales “volver vivo” el “derecho en el papel” es un proceso que ineludiblemente comporta su judicialización” (Carlos Gaviria Díaz, conferencia dictada en las Segundas Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal 1996)⁵.

Ha sido aspecto de controversia y polémica doctrinal y aun jurisprudencial, el de la fijación de criterios para perfilar cuáles son los derechos

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-402/92 M.P. CIFUENTES, Muñoz Eduardo. (...) Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

constitucionales fundamentales, objeto de garantía mediante la acción de tutela. Nuestro ordenamiento jurídico ha dejado esa misión a la Corte Constitucional, la que ha expresado: “El juez debe buscar, como lo dice el artículo 2º. Del decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el juez descubre si está frente a un derecho fundamental”. Y además, en dicho sentido: “El juez está frente a lo que la doctrina denomina un “concepto jurídico indeterminado”: los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo, o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar”⁶.

Por su parte el Tratadista Manuel José Cepeda, deduce las siguientes conclusiones sobre lo tratado:

1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del Capítulo I del Título II (de la Constitución).
2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar, pero no principal, ni determinante, ni suficiente. Por eso aun derechos incluidos en el Capítulo I del Título II podrían no ser “fundamentales”, como sucede con el derecho a la paz, el cual, a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo.
3. El concepto de “derechos fundamentales” es diferente del concepto de derechos de aplicación inmediata”, al cual se refiere el art. 85 de la Constitución.
4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales (art. 94 de la Constitución).

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92, M.P. ANGARITA, Barón Ciro. (...) La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.

5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así ésta sea ley fundamental de la República.
6. Corresponde a los jueces señalar cuáles son los derechos fundamentales.
7. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar en esta tarea doctrinaria.
8. El carácter “fundamental” de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso⁷.

Servicios Públicos Esenciales

Para lo que atañe al presente trabajo, se erige como de la mayor importancia la referencia a los servicios públicos esenciales o básicos, entendidos como “los que deben concretarse principal y prioritariamente a los cometidos estatales, de policía, seguridad civil, justicia, educación básica y defensa nacional”. Se conciben como aquellos servicios que son fundamentales y cuya interrupción total o parcial puede poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de la población en general o de las personas en particular.

El criterio rector para considerar los servicios públicos como esenciales, es el de aquellas actividades de las cuales se derivan prestaciones vitales o indispensables para la vida de la comunidad, y en ella se incluyen los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

En el artículo 365 de la Constitución de 1991 se expresa que la prestación de los servicios públicos corresponde a la finalidad social del Estado, es decir que éste debe asegurar su prestación eficiente, manifestándose en que el Estado conserva la regulación, el control y la vigilancia de los mismos (en la finalidad social del estado se hallan involucrados tanto el bienestar general como el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad). La prestación directa o indirecta de los servicios públicos, ya no será exclusiva del Estado, sino que además podrán ser gestionados o prestados por comunidades organizadas o por particulares.

⁷ CEPEDA, José Manuel. —Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis, pag.5

Los servicios públicos domiciliarios se consideran como servicios públicos esenciales o primordiales, pues cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades básicas de las personas, y están estrechamente unidos al saneamiento ambiental y a las condiciones de salubridad de los habitantes del territorio nacional, en circunstancias fácticas concretas, conciliando la eficiencia y la equidad social.

Tratamiento de los Derechos Fundamentales y los Servicios Públicos Domiciliarios en la Jurisprudencia Constitucional

La Corte no ha catalogado los servicios públicos domiciliarios como “derechos fundamentales per se”, sino que los ha considerado como objeto de tutela por conexidad con derechos que sí tienen dicha categoría⁸.

Debido justamente, a la esencialidad de los servicios públicos domiciliarios como un medio eficaz para satisfacer necesidades básicas de los miembros de

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-334/01 M.P. CORDOBA, Triviño Jaime: (...) Esta corporación ha expuesto que la calidad de derechos fundamentales no les asiste únicamente a los relacionados por el Constituyente en el Capítulo I del Título II de la Carta Política ya que existen derechos que si bien considerados por sí solos no tienen la calidad de fundamentales sí la adquieren por encontrarse inescindiblemente vinculados a otros que la poseen pero que desaparecerían si aquellos no son adecuadamente protegidos. Entre éstos se han referido los derechos del consumidor cuando se trata de servicios públicos domiciliarios en los casos de establecimientos educativos, hospitalarios y carcelarios y en razón de su conexidad con el derecho a vivir en condiciones dignas, a la educación, la vida y la seguridad personal.

De esta manera, se advierte que si bien la Corte ha reconocido la viabilidad de la acción de tutela para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, esa protección se ha supeditado a la conexidad entre tales derechos y derechos fundamentales, pues de lo contrario se estaría extendiendo el amparo a situaciones que no implican vulneración de derechos de tal índole y se estarían desconociendo los mecanismos legales y administrativos previstos para protegerlos.”

Sentencia T-406/92 M.P. ANGARITA, Barón Giro: “Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, éstos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

la comunidad, y configurando un instrumento para contrarrestar el desequilibrio económico y por ende la injusticia social reinante en nuestro país, y permitir el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, anexos a su finalidad, se encuentran entonces derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, a la salubridad, a la igualdad y a la dignidad humana entre otros, derechos que son objeto de especial protección y que fácilmente pueden ser vulnerados cuando el Estado presta el servicio, o cuando dicha prestación está a cargo de un particular⁹, situaciones en las que uno u otro tienen una posición de autoridad. Por eso la jurisprudencia de la Corte ha señalado insistentemente, que la acción de tutela está encaminada a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los desbordamientos de autoridad, tanto del Estado, como de los particulares, cuando éstos y aquellos prestan los servicios públicos.

La acción de tutela no es procedente en todos los casos; sólo en aquellos que estén frente a un perjuicio irremediable, en los siguientes términos:

Al respecto, resulta adecuado recordar que esta Corporación ha analizado los criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela, para determinar cuándo se está frente a un perjuicio irremediable. Es así como en sentencia T-522 de 1993, se dijo que el perjuicio debe ser inminente, es decir, que la amenaza está por suceder prontamente; que las medidas que se requieren para conjurarlo sean urgentes; que no basta cualquier perjuicio, sino que éste sea grave, lo que hace relación a la importancia objetiva del bien jurídicamente protegido, y que sean impostergables las medidas a adoptar por el juez de tutela, en forma directa o como mecanismo transitorio. Estos criterios la Corte los ha reiterado una y otra vez, en otras sentencias¹⁰.

Por el carácter de esenciales que ostentan los servicios públicos domiciliarios y por estar estrechamente unidos a derechos fundamentales, es pertinente analizar si respecto de los mismos es dable el ejercicio del derecho a la huelga.

⁹ Sobre el particular, ver Sentencias T-304/93 M.P. HERRERA, Vergara Hernando; T-539/93 M.P. HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio; T-463/94 M.P. HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-444/01 M.P. BELTRÁN, Sierra Alfredo.

HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Antes de abordar el tema de la huelga en los servicios públicos domiciliarios, es necesario retomar la definición de servicio público, servicio público domiciliario y huelga.

La ley 80 de 1993, artículo 2º, numeral 3º, denomina como servicios públicos: 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.

Siendo entonces, servicios públicos domiciliarios, 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 que cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Atendiendo a las concepciones de los diferentes tratadistas, es posible dar un concepto de servicio público que identifique sus elementos esenciales. Servicio público, entonces, es una actividad general, uniforme, regular y continua, realizada por el Estado o por los particulares, conforme con las disposiciones legales que la regulan, para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general.

A su turno, conforme al artículo 429 del Código del Trabajo, se entiende por huelga, la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en la ley.

La tradición colombiana de limitaciones a la huelga pesó bastante en las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1991 y los enfrentamientos llegaron a límites inimaginables. Al final se produjo el siguiente acuerdo, plasmado en el artículo 56 de la nueva Carta: “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho”.

Entre los múltiples interrogantes que suscitan esas dos escasas líneas del artículo 56 de la Constitución, interesa establecer si en ellas se le entregó únicamente al Congreso la facultad de decidir qué actividades son servicio público esencial, o es posible que otra autoridad lo haya hecho o lo haga en el futuro.

Tratadistas del mundo de los trabajadores sostuvieron que el legislador en ninguna norma anterior a la Constitución del 1991, había establecido qué actividades eran servicios públicos esenciales, sino cuáles eran servicios públicos. Por ende, a partir de la vigencia de tal ordenamiento, el derecho a la huelga era pleno hasta tanto el legislador hiciera las definiciones pertinentes de servicios públicos esenciales.

En contravía, el gobierno y los empleadores sostuvieron que las definiciones legales anteriores a la Constitución de 1991, sobre qué actividades eran de servicio público, equivalían a las exigidas ahora como servicios públicos esenciales y no contradecían el texto de la Carta Política, sino, por el contrario, lo ratificaban. En consecuencia, en esta materia nada había variado jurídicamente con el cambio de constitución ni con la mutación de la prohibición de la huelga en los servicios públicos (Constitución de 1886, artículo 18) a su no garantía en los servicios públicos esenciales (Constitución de 1991, artículo 56).

El Congreso colombiano ha sido renuente a incursionar en este campo y lentamente ha calificado algunas actividades como servicio público esencial, entre ellas: la Banca Central (ley 31 de 1992), el sistema general de seguridad social en salud y actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones (ley 100 de 1993), los servicios públicos domiciliarios: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada y telefonía local en el sector rural (ley 142 de 1994).

La Corte Constitucional al no compartir ese proceder del Congreso, inició un proceso para asumir ella misma tal función. En un primer paso se apegó al texto constitucional y consideró que el alcance de la limitación del derecho de huelga, depende de si la entidad pública a la que se hallan vinculados trabajadores oficiales presta servicios públicos esenciales -caso en el cual el derecho de huelga no se garantiza- o presta servicios públicos que la ley

califique como no esenciales. En este último evento tienen garantizado el derecho de huelga a la luz de la Constitución¹¹. Meses más tarde, ante la ausencia de definición por parte del Congreso de los servicios públicos esenciales, la Corte Constitucional decide exhortarlo para que lo haga. Y como el Congreso hace caso omiso de tal solicitud, la Corte empieza a llenar ese vacío, declarando que las definiciones de servicios públicos anteriores a la Constitución son exequibles siempre y cuando se trate realmente de servicios públicos esenciales¹². Empero, el vacío predicado no existe, pues de conformidad con el artículo 56 de la Constitución, es una potestad del legislador declarar, cuando él quiera y lo sienta necesario, si alguna actividad es servicio público esencial y mientras tanto no lo es.

En un tercer momento la Corte Constitucional, sin que el legislador de 1991 hubiese señalado cuáles actividades son servicio público esencial, atendida al criterio de la materialidad, tiene como tales algunas actividades definidas como servicios públicos en las leyes anteriores a 1991, relacionadas específicamente en el artículo 1º del decreto extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código del Trabajo y que según su concepto son esenciales, entre ellas: a) las empresas de transporte por tierra, mar y aire; b) las empresas de telecomunicaciones; y c) las actividades de explotación, refinación y transporte del petróleo y sus derivados (Sentencia C-450 de 4 de octubre de 1995). En este tercer pronunciamiento la Corte convierte las definiciones legales de servicio público, anteriores a 1991, en servicios públicos esenciales, sin que el legislador las haya catalogado como tales. En la práctica, la Corte Constitucional reemplaza al Congreso de la República.

Como cuarto paso restrictivo, la Corte Constitucional ya no sólo tiene como servicios públicos esenciales las actividades declaradas por el legislador de antes de 1991 como servicios públicos y las definidas legalmente después de 1991, sino que le suma ahora, las que según ella, el mismo Constituyente tuvo como tales. Esta adición la desprende de una interpretación de las normas constitucionales que ella misma elabora.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-110 de 1994. M.P. HERNÁNDEZ; Galindo Jose Gregorio.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-473 de 1994. M.P. MARTINEZ, Caballero Alejandro.

Aunque el tenor literal de la norma es expreso en que el único facultado para definir algunas actividades como servicio público esencial es el legislador, la Corte Constitucional se separa de mandato tan nítido para considerar que el Constituyente catalogó así otras actividades, aunque no de manera expresa. Es decir, aquí, la misma Corte está señalando actividades como servicio público esencial que el legislador jamás determinó así. Pero lo más contradictorio del nuevo pronunciamiento es referido a la actividad educativa, que el mismo Constituyente no declaró servicio público esencial sino únicamente servicio público. Se concluye entonces cómo la nueva interpretación va en contra de lo normado en la Constitución.

Agotado así el espectro de actividades sensibles donde se acostumbró el país a prohibir la huelga, la Corte Constitucional asume conciencia del desborde de competencias constitucionales en que ha incurrido y declara inexecutable la norma que definió como servicios públicos, las actividades en las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados, por no haber sido declarados como servicios públicos esenciales por el legislador después de la expedición de la Constitución de 1991¹³.

Se desprende entonces de todo lo dicho que, a la fecha, la Corte Constitucional tiene como SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES, los siguientes:

1. Los definidos por el legislador con posterioridad a la Constitución de 1991.
2. Los contemplados en el artículo 1º del decreto extraordinario 753 de 1956 que subrogó el artículo 430 del Código del Trabajo y que ella misma considera esenciales materialmente. Y,
3. Los mencionados en el artículo 366 de la Carta (salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable) que según ella son servicios públicos esenciales definidos por el Constituyente

Tratándose de servicios públicos domiciliarios, su carácter de esenciales deriva de la propia ley 142/94 que en su artículo 4º establece: "Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 1997. M.P. HERRERA, Vergara Hernando.

Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales”. La citada norma legal fue demandada en acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por considerar el actor que la misma era violatoria de varios artículos de la Constitución Política, al ampliar en forma excesiva el ámbito de aplicación de la ley de servicios públicos domiciliarios y restringir el derecho de huelga.

Para resolver, la Corte se remite a sentencias proferidas con anterioridad¹⁴ y en las cuales analizó la naturaleza, alcance y restricciones constitucionales y legales de la huelga, precisando que cuando se enfrentan derechos de los trabajadores con los derechos de los beneficiarios de los servicios públicos, debe prevalecer el interés general de estos últimos, sin perjuicio de que los trabajadores puedan acudir a otros medios legales para obtener mejores logros salariales¹⁵. Así mismo hace referencia a las dos condiciones que la Corporación ha establecido para que se pueda restringir el derecho de huelga, siendo la primera de ellas que el servicio que se presta sea materialmente un servicio público esencial, y la segunda que dicha actividad haya sido definida expresamente por el legislador como servicio público esencial.

Tal con lo expuesto anteriormente, por mandato constitucional el legislador puede definir cuáles servicios públicos son esenciales. Sin embargo, la Corte predica que dicha facultad del legislador no es de carácter absoluto, toda vez que la misma debe ser evaluada bajo criterios de utilidad, razonabilidad, razonabilidad y finalidad. ¿En qué radica entonces la esencialidad del servicio?. No hay criterios precisos para definir un servicio público como esencial, pero hay unanimidad en afirmar que lo “ESENCIAL” debe relacionarse con actividades cuya alteración lesione o ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas. Sobre el particular en la citada sentencia se dice:

La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T 443/92 M.P. HERNÁNDEZ, Galindo José Gregorio; C-473/94 M.P. MARTÍNEZ, Caballero Alejandro; C-450/95 M.P. BARRERA, Carbonell Antonio; C-432/96, C-075/97 M.P. HERRERA, Vergara Hernando; C-567/00 M.P. BELTRÁN Sierra Alfredo.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-663/2000. M.P. BARRERA, Carbonell Antonio.



economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquella puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman, contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses, o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad¹⁶.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de huelga no es un derecho absoluto, en tanto está condicionado a la reglamentación que establezca el legislador, el que a su vez puede restringirlo o limitarlo por razones de orden público. Precisamente por no tratarse de un derecho absoluto en tanto que admite restricciones, cuando el mismo se enfrenta a derechos fundamentales de los usuarios de servicios públicos, no es oponible a éstos, máxime que la huelga en los servicios públicos domiciliarios, puede amenazar o vulnerar los derechos e intereses tanto de la colectividad como del propio Estado.

Otras situaciones diferentes a la huelga, que ocasionalmente pueden afectar derechos fundamentales y los principios de continuidad y eficiencia en la prestación de servicios públicos, guardan relación con el corte y/o suspensión del servicio.

CORTE Y/O SUSPENSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Dada la categorización de esenciales, que se le ha atribuido a los servicios públicos domiciliarios surge la inquietud de si respecto de los mismos es

¹⁶ CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia C-663/2000. M.P. BARRERA, Carbonell Antonio.

procedente su suspensión o corte. No obstante que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la no prestación de estos servicios, puede constituir amenaza o vulneración de derechos fundamentales, existen eventos en los cuales se admite que es posible proceder a la suspensión del servicio, siendo ellos:

- a) **Fuerza Mayor:** El servicio podrá suspenderse cuando la empresa o entidad deba hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se de aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.
- b) **Caso Fortuito.**
- c) **Suspensiones autorizadas por la ley de servicios públicos domiciliarios:** Por incumplimiento. El artículo 140 autoriza la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios. De igual manera, la norma señala taxativamente otras causales de suspensión del servicio, entre las que se encuentra el No pago: Partiendo del supuesto de que la prestación de los servicios públicos tiene aparejada la obligación de pagar una tarifa, en tanto su prestación es onerosa¹⁷, toda vez que la misma ley 142/94 ha prohibido la gratuidad

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA Art 368 y 595 nral 8.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-580/92. M.P. MORÓN, Díaz Fabio. (...) El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado Social de Derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la justicia /Artículo 229 C.P) o la educación (Art 67 C.P), o la salud (Arts 49 y 50 C.P), de manera más o menos parcial. Actualmente los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (Art 95 nral 8 y 368 C.P).

La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo de un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-064/94. M.P. HERRERA, V. Hernando. (...) Profusa es la regulación actual acerca de la prestación de los servicios públicos. Particularmente los decretos 951/89 y 1842/91,

en la prestación del servicio, es evidente que el incumplimiento de la obligación de una de las partes genera que cese la obligación que incumbe a la otra.

Suspensión de común acuerdo. Art.138. Podrá suspenderse el servicio cuando lo solicite un suscriptor o usuario, si convienen en ello la empresa y los terceros que puedan resultar afectados.

Suspensión en interés del Servicio. Art.139. El servicio podrá suspenderse cuando la empresa o entidad deba hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se de aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.

Inmueble que por inestabilidad del terreno puede generar daño. Siempre que se haya empleado toda la diligencia posible, dentro de las circunstancias, para que el suscriptor o usuario pueda hacer valer sus derechos, so pena de incurrir en responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados a los usuarios, y sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar en relación con los administradores, empleados, funcionarios y contratistas (arts. 11.9, 139, num. 1 y 2, ley 142/94).

Respecto al corte del servicio el art.141 de la citada ley consagra igualmente de manera taxativa las causales que le preceden, entre las que se encuentran:

- a) El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros.
- b) El atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un periodo de dos años, lo que permite a la empresa resolver el contrato y proceder al corte del servicio. En lo atinente al atraso en el pago de tres facturas de servicios, es necesario aclarar, que frente al propietario deudor solidario, el cobro de las mismas y la suspensión/ o corte del servicio debe hacerse dentro del término señalado en el inciso 2º del art 140, pues de omitir este deber, e imponer posteriormente al responsable solidario la suspensión o corte del servicio y el cobro de la deuda acumulada, estaría la empresa

prestadora del servicio vulnerando los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad, y a la igualdad¹⁸. Así mismo debe tenerse presente que el art 150 referente a los cobros inoportunos, contempla que al cabo de 5 meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.

- c) Procede igualmente el corte, en el evento de acometidas fraudulentas.
- d) Por último se tiene como causal de corte del servicio, la demolición del inmueble en el cual se prestaba el servicio.

Pese a la posibilidad que se le ha dado a las empresas de servicios públicos para proceder al corte o suspensión en uso de sus prerrogativas, se ha determinado que previamente deben seguir un procedimiento (artículos 152 a 159 Ley 142/94) que observe y garantice los principios del Debido Proceso¹⁹.

La Corte ha considerado que cuando se procede al corte o suspensión de conformidad con las precitadas causales, no hay necesariamente un desconocimiento de derechos y garantías fundamentales. No obstante, en algunos casos específicos, el corte o suspensión de los servicios públicos puede generar perjuicios o amenazas a los derechos fundamentales de las personas. En este punto ha dicho que la protección de los derechos fundamentales implica la protección de ciertos bienes “bienes constitucionalmente protegidos”, aún por encima del interés económico de las empresas prestadoras²⁰, señalando los casos (restringidos) en los que se protegen los derechos y no se puede suspender ni cortar los servicios, a saber:

contentivo el primero del reglamento general para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en todo el territorio nacional y el segundo del Estatuto Nacional de Usuarios de los servicios públicos, contemplan el deber que tiene el usuario de cancelar “en forma oportuna las facturas por el servicio y los demás valores que al entidad está autorizada para cobrar y también la posibilidad de suspender el servicio ante la falta de pago oportuno (Art 11 Dcto 951/89 y 32 del Dcto 1842/91).

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1432/00 M.P. BARRERA, Carbonell Antonio.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-1108/02. M.P. TAFUR, Galvis Alvaro. T-485/01 M.P. CÓRDOBA; Triviño Jaime. T-1020/02 M.P. BELTRÁN, Sierra Alfredo. C-150/03 M.P. CEPEDA, Espinosa Manuel José.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881/02. M.P. MONTEALEGRE, Lynett Eduardo: (...) Sólo cuando se

- a) Población carcelaria²¹: quienes se encuentran bajo la denominada “sujeción especial”, en donde el Estado tiene el deber de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios en todos los centros carcelarios. Estima la Corte que existen seis elementos que caracterizan la sujeción especial²²:
- Subordinación.
 - La subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial. Control disciplinario, control administrativo, posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos.
 - Dicho ejercicio del régimen y las limitaciones deben estar autorizadas por la Constitución y la ley.
 - Estos regímenes y limitaciones tienen por finalidad la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos y lograr el cometido de la pena (resocialización).
 - El Estado, debido al estado de subordinación en los que se encuentran los internos, tiene el deber de garantizar especialmente ciertos derechos especiales (alimentación, habitación, servicios públicos).
 - Igualmente el Estado deberá garantizar el principio de la eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos.

presenta un riesgo cierto o inminente sobre derechos fundamentales, tanto el interés económico como el principio de solidaridad, deben ceder en términos de oportunidad que no de negociación, frente a los intereses que involucran los referidos derechos. En este sentido considera la Sala que existe un mandato constitucional de especial protección a ciertos establecimientos de cuyo normal funcionamiento en términos absolutos, depende la posibilidad del goce efectivo in abstracto de los derechos fundamentales de las personas que integran la comunidad. De tal forma que del funcionamiento normal y ordinario de dichos establecimientos, dependen en buena medida las posibilidades reales de goce del cúmulo de derechos fundamentales que están a la base de la lógica ordenación de sus funciones (hospitales, acueductos, sistemas de seguridad terrestre y aérea, etc.).

(...)Esta protección especial torna constitucionalmente injustificada la conducta de las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, que alegando ejercicio de atribuciones legales proceden a efectuar como simples medidas de presión para el pago de sumas adeudadas, racionamiento o suspensiones indefinidas del servicio, en establecimientos penitenciarios, o indiscriminadamente en establecimientos de salud o establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-1108/02. M.P. TAFUR, Galvis Alvaro. T-134/03. M.P. MONTEALEGRE, Lynett Eduardo.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1108/02. M.P. TAFUR, Galvis Alvaro.

- b) Establecimientos de Salud: prevalece el derecho a que se preste el servicio, hay un bien jurídico superior –la vida– el cual no se puede encontrar supeditado a la suspensión, que igualmente vulneraría el derecho a la salud y dichos bienes están por encima del derecho de la empresa. Es de anotar, que la Corte ha sostenido este criterio, a pesar de que los hospitales deben tener una planta de energía.
- c) Acueductos.
- d) Establecimientos de seguridad terrestre y aérea. La protección radica en la prevalencia de la seguridad nacional, porque el peligro inminente para la población sería muy grave.
- e) Centros educativos: siempre que sean públicos, bien jurídicamente superior –la educación– al derecho a la empresa a que se le pague la prestación²³. Llama la atención que la Corte haga referencia expresa a que sólo la suspensión del servicio de energía en un colegio público constituya violación al derecho a la educación de sus estudiantes, puesto que de ese mismo derecho gozan los estudiantes de los colegios privados, ¿dónde queda entonces el principio de igualdad?, ¿no tiene tampoco aplicación el artículo 44 de la Constitución que en su inciso final afirma, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás?. La respuesta a estos interrogantes no puede ser otra que el estar frente a una prerrogativa de la administración pública, a la que se trata de darle el cariz de protección al derecho a la educación, pero con la grave omisión anotada.

Estos bienes constitucionalmente protegidos, ha reiterado la Corte, no pueden de modo alguno ser afectados con el corte o suspensión del servicio. Es así como ante situaciones concretas ocurridas en cumplimiento de las resoluciones No.116 de 1998 y 070 de 1999 emanadas de la CREG, en las que se regulan las limitaciones del suministro de energía a comercializadores y/o distribuidores morosos, suspendiéndose el servicio de energía hasta por cuatro horas diarias a toda una población, en fallo de tutela la Corporación,

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-380/94 M.P BARRERA, Carbonell Antonio; T-018/98 M.P GAVIRIA, Díaz Carlos

si bien no se opuso a que se hagan las suspensiones, advirtió que con los mismos no se puede interrumpir el servicio a los bienes constitucionalmente protegidos y en el caso particular, ordenó a la electrificadora Electrocosta abstenerse en lo sucesivo de realizar cortes o racionamientos de energía eléctrica en la Cárcel Distrital de Cartagena Y la previno en igual sentido respecto del Hospital, el Acueducto y a los establecimientos de seguridad terrestre, sin importar que dichos cortes o suspensiones tengan origen en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los mencionados establecimientos²⁴.

La reglamentación legal en materia de corte y suspensión de servicios públicos domiciliarios es aplicable a todas las empresas prestadoras, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, es decir sean del sector público o privado, así como a los particulares que de una u otra forma sean sus prestatarios.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS POR PARTICULARES

Dada la connotación eminentemente social que tienen los servicios públicos domiciliarios, toda vez que ellos procuran el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, constituyen una de las finalidades del Estado. Pero por voluntad del Constituyente, no es necesario que la prestación de los servicios públicos domiciliarios corra a cargo exclusivamente de aquél. Es así como entre los operadores o prestadores de servicios públicos domiciliarios, el artículo 365 de la Constitución Política, contempla a los particulares, entre los que el art. 15 de la ley 142/94 que desarrolló el precepto constitucional, considera a las personas naturales o jurídicas que produzcan ellas mismas o como complemento de su actividad principal, los bienes y servicios públicos propios del objeto social de las empresas de servicios públicos.

Un análisis del art. 15 de la ley 142/94, permite concluir que los particulares como prestadores de servicios públicos domiciliarios, pueden actuar en

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-134/03. M.P. MONTEALEGRE, Lynett Eduardo.

diferentes modalidades: a) como persona jurídica, productora ella misma de los bienes y servicios públicos, para lo cual debe constituirse como empresa de servicios públicos cumpliendo los requisitos señalados en el art 17 íbidem. Dentro de este tipo de empresas de carácter privado, la ley 142 en su art.14 numeral 7º ha considerado, aquella empresa cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, con lo que se está incluyendo a las empresas en cuyo capital hay participación estatal inferior al 50%. b) como persona natural o jurídica que produzca esos bienes o servicios como consecuencia o complemento de una actividad económica diferente Ej. Un productor de agua mineral que suministre con los excedentes de su producción agua potable a una zona determinada de una población.

Hoy día se asiste a una gran transformación en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto a los operadores o prestadores. Mientras que anteriormente sólo el Estado prestaba directamente estos servicios, ahora y a partir de la Constitución del 91 dicha prestación es encomendada igualmente a los particulares, situación que incide considerablemente en los aspectos jurídico, económico y político. Esta transformación conlleva a que al referir a lo público, esto no implique exclusivamente lo estatal, pues lo público puede ser estatal o no. Es decir, hoy se tiene que hablar de lo público estatal, cuando es el mismo Estado el que gestiona y garantiza la prestación de los servicios públicos; y lo público no estatal –cuando la gestión y garantía del servicio corre a cargo de los particulares.

Ante esta nueva realidad, y tomando en consideración que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, es necesario plantearse cuál sería entonces el régimen jurídico aplicable a los actos de particulares en cumplimiento de esa tarea. En la actualidad, dicho tópico es objeto de discusión doctrinaria. Mientras un sector de la doctrina afirma que el régimen jurídico aplicable a los particulares que prestan los servicios públicos domiciliarios es el de derecho privado, otro sector doctrinario siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostiene que el régimen a aplicar es el del derecho público.

Lo cierto del asunto, es que al facultarse a los particulares para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, lo público adquiere una nueva dimensión que es y debe ser objeto de estudio y debate, como también lo es la nueva relación que se establece entre el prestador del servicio y el ciudadano,

advirtiéndose que éste último es considerado ya no como ciudadano sino como usuario o consumidor; ¿hasta qué punto puede predicarse que a ese ciudadano visto como usuario, se le garantizan en la prestación del servicio, los principios que orientan la función pública?. Resolver este interrogante no es tarea sencilla, pues primero es menester definir si el operador o prestador particular cumple función pública o no, lo que lleva de nuevo a preguntarse sobre el régimen jurídico aplicable.

El artículo 365 de la Constitución Política, faculta expresamente a los particulares para la prestación de los servicios públicos. En el precepto constitucional se señala igualmente, que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que señale la ley. Tanto la constitución en su artículo 367, como la Ley 142/94 en su artículo 6º establecen que el Estado prestará los servicios públicos domiciliarios siempre y cuando se den ciertas condiciones. Sin embargo, tratándose de la prestación por parte de particulares a éstos no se les impone condicionamiento alguno, no obstante lo cual, si se tiene en cuenta que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, esta circunstancia en principio, permitiría aseverar que el régimen jurídico aplicable sería el administrativo, por tratarse de una función administrativa.

A partir de la expedición de la Constitución del 91, la Corte Constitucional en diversas sentencias tanto de tutela como de constitucionalidad, ha considerado la prestación de los servicios públicos como ejercicio de función administrativa. Es así, como en la sentencia T-540/92 al referirse a las técnicas de cobro simultáneo de los diferentes servicios en una sola factura, consideró dicho sistema, consistente con el artículo 209 de la carta, en el que se establece el principio de eficacia de la función administrativa. Posteriormente, dicha corporación hizo la consideración expresa de que la prestación de los servicios públicos, constituye una función pública y en consecuencia los particulares que prestan ese servicio, realmente ejercen una función pública²⁵. Dado el carácter de función pública, es por lo que la misma ley 142 les ha otorgado una serie de derechos, privilegios y prerrogativas propias del poder público, como son entre otras, hacer expropiaciones (art. 56), la imposición de servidumbres (art.57), ocupación temporal de inmuebles. Así mismo gozan

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-463/94 M.P. HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio.

de la potestad de ejercer la autotutela propia de las autoridades administrativas, cuando se les permite decidir controversias frente al usuario y resolver el recurso de reposición (arts.153 y 154).

Aparejados a los derechos y prerrogativas que la ley ha otorgado a los particulares prestadores de servicios públicos, de igual manera, les son aplicables los mecanismos establecidos para la protección de los derechos de los usuarios y el principio de legalidad en sus decisiones; de ahí que el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por dichos usuarios, sea de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Sobre el particular la Corte Constitucional se pronunció así²⁶:

En igual sentido, respecto al carácter de función pública o administrativa, de la prestación de servicios públicos por particulares, el Consejo de Estado en sentencia de Mayo 28/98 consideró que en determinados eventos las empresas prestadoras de servicios públicos cumplen actividades o funciones administrativas, dando lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, tales como la negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, las que ordenan la suspensión o terminación o deciden sobre el corte del servicio y su facturación²⁷.

Entre los autores que consideran que la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de particulares constituye un ejercicio de función pública o administrativa, se puede citar a Carlos Alberto Atehortúa Ríos, quien dice:

[...] Cuando los particulares no sólo pueden prestar servicios públicos, sino que además, lo hacen en ejercicio de potestades públicas emanadas

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263/96 M.P. BARRERA, Carbonell Antonio. [1/4]. la asignación de la competencia a la Superintendencia para resolver el recurso de apelación, obedece no solamente a criterios de imparcialidad, sino de eficacia y eficiencia, como es la de buscar que un órgano especializado sea el único encargado de decidir los recursos contra los actos de las empresas a nivel nacional, porque ello contribuye a diseñar una doctrina uniforme que sirva de orientación para el desarrollo de las actividades de aquellas, sin que ello sea óbice para que se deleguen o desconcentren funciones en oficinas o dependencias regionales de dicha entidad, de modo que los usuarios de la periferia tengan acceso expedito a dicho recurso, garantizándose así el principio de inmediatez.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Expediente ACU 278 de Mayo 28/98 M.P. ORJUELA, Carlos.



de la ley, y están sometidos a controles y actividades típicas de las entidades estatales, como ser sujetos de los controles de legalidad, sujetos del derecho de petición y la acción de tutela, en condición de agente público, no hay duda de la mutación de esta rama del derecho [...] ²⁸.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, para otro sector de la doctrina la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de particulares, no implica el ejercicio de una función administrativa o pública y se plantean serios cuestionamientos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. En este punto, cabe destacar las argumentaciones de Hugo Palacios Mejía, quien considera que dentro del concepto de servicio público se encuentra la provisión de bienes privados, de los que se obtiene un beneficio patrimonial. Para este autor, esas actividades se cumplen en ejercicio del principio de libertad de empresa, el que se adelanta en consonancia con el de competencia, por lo que no puede asimilarse servicio público con función administrativa, sino por vía excepcional, siempre y cuando exista norma que así lo consagre expresamente. Sostiene Palacios Mejía que dentro del amplio espectro de actividades que la constitución atribuye a las autoridades, muchas de ellas pueden ser cumplidas por los particulares, sin que ello implique de suyo que estén desempeñando una función administrativa; la prestación de servicios públicos domiciliarios será actividad estatal o administrativa cuando la Constitución o la ley la encomiende o reserve a las autoridades ²⁹.

Postura similar, a la de Palacios Mejía es la de Ferney Moreno, para quien no existe reserva de la prestación de los servicios públicos en cabeza del Estado, pues éste sólo se ha reservado hasta ahora, las funciones esas sí –como función pública o administrativa– de regulación, control y vigilancia ³⁰. Lo cierto de todo esto, es que los actos de carácter unilateral que tengan relación con los usuarios y afecten sus derechos y obligaciones, son de carácter administrativo, por tanto el régimen jurídico aplicable es el público. Los demás actos que no tengan ese carácter se rigen por el derecho privado. Tratándose del régimen contractual, éste siempre será de carácter privado, salvo en los eventos en

²⁸ ATEHORTÚA, Ríos Carlos Alberto.- Régimen Legal de los Servicios Públicos. 1ª Edición, Ed. DIKE ,1998.

²⁹ PALACIOS, Mejía Hugo – El Derecho de los Servicios Públicos.- Derecho Vigente, Bogota.1999.

³⁰ MORENO, Luis Ferney .Servicios Públicos Domiciliarios .Perspectivas del Derecho Económico, Bogotá Universidad Externado de Colombia 2001

que el contrato incluya las llamadas cláusulas exorbitantes, situación en la cual todo lo relativo con ellas, se regirá por el derecho administrativo. En contra de la ley, el Consejo de Estado ha dicho que el contencioso será siempre el competente para conocer de los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos.

Cabe anotar, que necesariamente, al incursionar el sector privado en estas actividades, anteriormente de resorte exclusivo del Estado, las reglas de juego han sido modificadas y surge la inquietud respecto de si las mismas garantías y derechos que otorga el Estado, se salvaguardan cuando el operador o prestador es ya un particular. Y no puede menos que ser motivo de inquietud, pues es bien sabido que cuando ingresan los particulares, lo hacen movidos por el motor del mercado: -la libre competencia-. Comienzan entonces, a utilizarse conceptos tales como: gerencia privada, indicadores de gestión, evaluación de costos, indicadores de calidad y todo ello en procura de metas de carácter económico. Cuando lo privado ocupa el espacio de lo público en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es objeto de preocupación la suerte que puedan correr los principios que los informan: igualdad, regularidad, continuidad, neutralidad, los que hoy son aparejados con los de eficiencia, utilidad, garantía de la iniciativa privada, en la gestión de los servicios.

Para morigerar los efectos del mercado, y corregir los fallos del mismo, cuando los servicios públicos domiciliarios son prestados por particulares, y para frenar abusos que se puedan cometer en su desarrollo, se ha establecido un régimen de controles fundamentalmente público. Así mismo los prestadores de servicios están sometidos a un régimen de vigilancia y regulación, igualmente de carácter público.

La existencia de estos controles en modo alguno implica cortapisas a la libre empresa o a la iniciativa privada, pues el art 333 de la Constitución ordena que el Estado por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante, correspondiendo a la ley delimitar el alcance de la libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. También la Constitución en su art. 334 autoriza al Estado para intervenir por mandato de la ley, en toda la economía, ordenándole hacerlo de manera particular en los servicios básicos con el fin

de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. Esta intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios cumple así mismo una finalidad social³¹.

Como mecanismo judicial para garantizar los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la prestación de los servicios públicos por particulares, se permite a los usuarios impetrar acción de tutela, siendo éste el único caso en que procede tutela contra particulares.

Como indicado anteriormente, si bien es cierto que la constitución del 91 permitió a los particulares la prestación de los servicios públicos domiciliarios, también lo es, que en el mismo art.365 determinó que: “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, la Constitución confirió al Congreso la facultad de reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y fue así como en ejercicio de sus funciones expidió: a) la ley 142/94.(ley de servicios públicos domiciliarios) modificada posteriormente de manera parcial por las leyes 286/96, 632/2000 y 689/2000; y b) la ley 143/94 (conocida como ley eléctrica) que reglamentó los servicios de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, que fue modificada así mismo de manera parcial por la ley 632/2000.

A los particulares se les otorgó la facultad de ser prestadores de servicios públicos domiciliarios, dentro de las reglamentaciones establecidas por la ley. De igual manera la ley 142/94 en su Capítulo II reglamentó la participación de entidades públicas en empresas de servicios públicos y lo atinente a la vigilancia por parte de la Contraloría.

EL CONTROL FISCAL EN LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

El constituyente del 91 consagró en el artículo 267 de la Carta, el Control Fiscal, el cual es ejercido por la Contraloría General de la República, las

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-265/94. M.P. MARTÍNEZ, Caballero Alejandro.

contralorías departamentales y las municipales, sobre aquellas operaciones, resultados y demás actividades relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado. Con ello se busca primordialmente la protección del patrimonio de la Nación independientemente de si este es administrado o no por el propio Estado³². Este control se ejercerá en forma posterior y selectiva incluyendo el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, siempre bajo los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales³³.

En lo referente a servicios públicos este control no es ajeno, toda vez que la misma constitución ha calificado la prestación de éstos como inherentes a la finalidad social del Estado, y le ha señalado el deber de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, atribuyéndole la regulación, vigilancia y el control de ellos (arts 334,365 y 370). De ahí que en la ley 142 de 1994 se estableciera en los artículos 27.4 y 50 el Control Fiscal, cómo y quién lo ejerce, sobre quiénes y sobre qué materias recae. La ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 reguló la procedencia del control fiscal, a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, y las municipales en las empresas de servicios públicos domiciliarios; señalando un régimen especial para el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto o privado con participación pública limitándolo a los aportes hechos por el Estado. En otras palabras, dicho control se ejerce sólo en relación con los aportes estatales al capital de la empresa.

Sobre el particular, debe precisarse, si dicho control recae sobre la gestión de las empresas o sociedades privadas en donde hay capital del Estado (participación de la Nación) o si se ejerce simplemente sobre el monto de los aportes públicos. Es justamente aquí donde hay que aclarar, si en las empresas privadas de servicios públicos domiciliarios en las que hay participación estatal y/o en las sociedades de economía mixta, se aplica el mismo régimen de control fiscal, vigente para las públicas.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-403/99. M.P.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586/95 M.P. Cifuentes; Muñoz Eduardo. HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio.

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de Enero de 1999 consideró, que la interpretación de la citada norma, debía hacerse de forma armónica en concordancia con las demás normas generales de control fiscal -con la ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, si bien el régimen aplicable es el consagrado en la norma especial Ley 142/94, en donde se presenten vacíos debe aplicarse lo establecido en la ley 42/93. No obstante es de advertir que esta ley incluyó como sujetos de control fiscal, a la personas jurídicas y a cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos. Valga aclarar, que fuera de establecer como sujetos de control fiscal a los órganos y entidades exclusivamente públicas, recoge a las sociedades de economía mixta y a los particulares que manejan fondos o bienes del Estado (arts 2 y 3). Aclarando, eso sí, que dicho control no opera para todos de la misma manera, ya que en lo referente a las sociedades de economía mixta -las que consagró como una categoría especial- el control fiscal se hará teniendo en cuenta la participación estatal en el capital, evaluando la gestión empresarial y sólo tendrá efectos en lo referente al aporte en cuestión.

La Corte Constitucional en Sentencia C-065 de 1997³⁴ al estudiar la exequibilidad del art. 22 de la Ley 42 de 1993, señaló:

El precepto acusado mantiene una eficacia normativa específica, ya que establece y posibilita, hacia el futuro, una diferencia de control entre los aportes y las participaciones del Estado en distintas entidades. Así, una entidad que recibe aportes pero no participaciones -esto es, donde el Estado entrega recursos para proyectos pero no se convierte en asociado- queda, en general, sometida a una vigilancia fiscal sobre un contrato. En cambio, las entidades que reciben participaciones y en donde el Estado es miembro, se caracterizan porque la vigilancia fiscal se ejerce de manera directa sobre la entidad. Esta diferencia de tratamiento legal tiene sentido, pues sin afectar el alcance mismo del control fiscal, permite un control diferenciado de aquellos casos en que el Estado se asocia, de aquellos otros en donde simplemente aporta a proyectos específicos, por medio de contratos. En efecto, en estos últimos eventos, no parece lo más adecuado que el control recaiga sobre la entidad misma ya que se debe respetar su autonomía, por lo cual

³⁴ Mediante esta sentencia se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 22 de la ley 42 de 1993.

parece razonable que exista únicamente una vigilancia sobre el manejo específico del aporte estatal, y para ello es suficiente el control sobre el contrato.

En esta sentencia la Corte diferenció las maneras en que se ejerce el control fiscal sobre la gestión de los recursos que ingresan al capital social de una persona jurídica, precisando que en aquellas en las que sólo hay aportes más no participación como socio, el control está limitado al contrato, mientras en las entidades en las cuales el Estado entrega dineros o recursos bajo la forma de participación, quedan sometidas al control fiscal propio de las sociedades de economía mixta. Este enfoque de la Corte ha variado, toda vez que en fallos posteriores ha establecido una posición diferente³⁵, manifestando que: “cuando el artículo 267 de la Constitución dispone que el control fiscal se extiende a los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal”³⁶.

Por lo anterior, se concluye que en las empresas de servicios públicos mixtas (art. 14.6 ley 142/94) y privadas con participación estatal (art.14.7 íbidem) el objeto del control fiscal es la gestión fiscal de los aportes del Estado-Nación y no sobre la gestión de las empresas mismas; y para el ejercicio de dicho

³⁵ El Presidente de la República en ejercicio de unas facultades extraordinarias expidió el Decreto 266/00 el cual en su artículo 37 modificó el artículo 50 de la Ley 142 de 1994. En Sentencia C-1191/00 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma, basada en dos razones primero en el hecho de que el legislador extraordinario había desbordado las facultades que le habían otorgado y el segundo por el hecho de que la limitación al control fiscal era indebida. El legislador posteriormente expidió la Ley 689/01 la cual modificó parcialmente la ley 142/94. La Ley 689/01 en su artículo 5º modificó el artículo 50 de la 142/94. Esta norma fue demandada bajo la argumentación de que dicho artículo reproducía el artículo 37 del Decreto 266/00, el cual ya había sido declarado inexecutable por la Corte en Sentencia C-1191/00, presentándose la cosa juzgada constitucional. La Corte en Sentencia C-290/02 declaró la executable de la última frase del primer inciso y la segunda frase del inciso segundo, debido a que la restricción al ejercicio del control fiscal en las empresas prestadoras de servicios públicos cobijaría a las empresas de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación. Y en la Sentencia C-396/02- Auto 108/02 el cual corrigió la parte resolutive de la sentencia- se esta a lo resuelto en la C-290/02.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Ver Sentencias: C-1191/00 M.P. BELTRÁN, Sierra Alfredo; Sentencia C-290/02 M.P. VARGAS, H Clara Inés; Sentencia C-396/02 M.P. ESCOBAR, Gil Rodrigo Escobar -corregida por el Auto 108/02 del 23 de Julio de 2002- M.P. ESCOBAR, Gil Rodrigo.

control, la Contraloría competente sólo tiene acceso a los actos y contratos en los que conste dicha gestión.

El artículo 27.4 de la ley de servicios públicos domiciliarios, fue demandado por inconstitucionalidad, por considerar el accionante que la ley no podía autorizar a las empresas de servicios públicos la contratación con empresas privadas, para el ejercicio de la función de control fiscal, lo que contrariaba la Carta Política, en sus artículos 267 inc.2º, 268 y 272 inc.6º. Para decidir, la Corte Constitucional dándole un alcance diferente a la norma demandada, consideró:

(...) Resulta absolutamente claro de los textos constitucionales en referencia, que la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, y dentro de la regulación prevista en la ley, son éstos lo que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada. Si se admitiera que las empresas de servicios públicos con participación oficial pudieran contratar su vigilancia fiscal, ello iría en contra de la filosofía de dicho control, el cual supone que éste se ejerce por organismos externos a la entidad, como son las respectivas contralorías. En otros términos, la Constitución no autoriza el auto control fiscal.

Por lo demás, no se puede confundir el ejercicio contractual de la vigilancia fiscal con la organización y el funcionamiento en las entidades públicas del sistema de control interno que están obligadas a diseñar y aplicar aquellas, en los términos que señale la ley, el cual es excepcionalmente y por autorización de ésta también puede contratarse con empresas privadas colombianas (art.209 inc.2º y 269 C.P). Es decir, que el control interno si lo podía contratar la entidad pública en los términos regulados por la ley, no así la vigilancia fiscal, pues como se advirtió antes, la contratación de ésta cuando la ley la autoriza le corresponde a las Contralorías (Arts. 267 inc2º, 268 y 272 inc.6º C.P)³⁷.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/95. M.P. BARRERA, Carbonell Antonio.

COMISIONES DE REGULACIÓN

Naturaleza Jurídica

El artículo 69 de la ley 142/94 crea las Comisiones de Regulación de agua potable y saneamiento básico CRA, de energía y gas combustible CREG y de telecomunicaciones CRT como Unidades Administrativas Especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial y adscritas al respectivo Ministerio. Entendiéndose por unidades administrativas especiales, de conformidad con el art.67 de la ley 489/98, a los organismos creados por la ley, carentes de personería jurídica, con la autonomía administrativa y financiera que la ley señale, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

Por carecer de personería jurídica se ha dicho de ellas, que son unidades desconcentradas, (no descentralizadas) intermedias entre una división de un Ministerio y un establecimiento público, y en lo atinente a su autonomía, se puede afirmar que es matizada: 1º porque es el propio Presidente de la República quien señala las competencias, tratándose de la CRA y la CRT no así de la CREG toda vez que la competencia le fue entregada directamente por la ley (art 23 de la ley 143/94). Y 2º porque en su composición (art 71 ley 142/94 y art. 21 ley 143/94) incluyen Ministros, el Director del Departamento Nacional de Planeación, tres expertos designados por el Presidente de la República; si bien es necesario precisar, que cuando ellas cumplen la función reguladora, son independientes del Presidente de la República.³⁸

Regular ó Reglamentar

En cuanto a las funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación, éstas se encuentran determinadas en el art 73 de la precitada ley 142/94, y en el

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150/93 M.P. CEPEDA, Espinosa Manuel José (...) el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen periodo fijo; (v) y están sometidas a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades.(...)

art 23 de la ley 143/94; éste último aplicable únicamente a la comisión reguladora de energía y gas CREG. Consagra el referido artículo 73:

Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolios o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales

Como ya hemos visto, su función primordial, es la regulación de los servicios públicos domiciliarios, entendida ésta, en términos de la misma ley, como la facultad de dictar normas de carácter general 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 (Art. 14.18). La exequibilidad de esta norma, fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, para precisar el alcance de la atribución de regular consagrado en el párrafo del art 69 íbidem, que fue demandado por violación al art.370 de la Constitución. En esa oportunidad consideró la Corte que en modo alguno la facultad dada a las Comisiones de Regulación para expedir normas, puede ser tenida como facultad legislativa, ni como función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales; pues de ser así se estaría violando la Constitución, toda vez que: a) un órgano administrativo no puede asumir funciones legislativas, salvo los casos y bajo las condiciones que la propia Carta autoriza en cabeza del Presidente de la República y b) tampoco se puede asimilar la regulación a la función reglamentaria propia del Presidente de la República, por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente, el art 189 numeral 11 de la C.P, pues esta disposición define la potestad reglamentaria, como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el art 370 se refiere a la fijación de políticas generales con arreglo a la ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios³⁹.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162/00. M.P. HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio.

La Corte hace críticas a posiciones doctrinarias que dan a los actos generales expedidos por las Comisiones de Regulación, el carácter de actos creadores de derecho, o lo conciben como instrumento normativo cuya finalidad es completar la ley o llenar los vacíos de ésta. Una y otra son abiertamente opuestas a la Constitución, al dar a esos actos un alcance normativo de alta jerarquía y conferirles la atribución de crear derecho en forma compartida con el legislador. Censura además, el que se haya llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una “legislación secundaria”, desnaturalizando el concepto mismo de delegación de funciones administrativas. Esos actos de las comisiones, a juicio de la Corte deben ser considerados subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios⁴⁰

Competencia de la función de regular – Delegación

A su vez, el art. 68 de la ley de servicios públicos domiciliarios fue demandado ante la Corte Constitucional, al considerarse que era inconstitucional por permitir la delegación de la potestad reglamentaria del Presidente. Sobre el particular, tenemos que la competencia reglamentaria en materia de servicios públicos domiciliarios, la otorgó el constituyente al legislador (art 370 C.P.), así como se le confirió la regulación de los servicios públicos (art 365 íbidem); pero de igual manera dispuso, que compete al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, ejerciendo el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten; esta facultad del Presidente como jefe de la administración, en virtud del artículo 211 de la Carta, es delegable, en tanto que la fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es una función típicamente administrativa, y además esa delegación en particular, se sujetó a los requisitos que sobre ella ha señalado la Corte:

[...] se trata de una disposición legal que autoriza la delegación de una función que es delegable; la competencia no es ajena al delegante, porque es una función que expresamente se le asignó al Presidente como garante

⁴⁰ íbidem.



y promotor de la gestión administrativa en los servicios públicos domiciliarios. Igualmente existe no sólo el acto presidencial de delegación de funciones, sino la potestad legal que le permite al titular de la función, entiéndase el Presidente, delegar o nó esa función en cabeza de las comisiones de regulación. En cuarto término, las comisiones de regulación son aptas para operar como delegatarias, pues se trata de agencias del estado que la misma ley ha determinado. En este caso la ley 142 de 1.994 le dio a las comisiones de regulación el carácter de unidades administrativas especiales (Art.69) y en virtud del artículo 150.7 de la Carta el Congreso le atribuyó a las mismas sus objetivos y su estructura. En quinto término, en lo concerniente a la responsabilidad, resulta también claro que la titularidad de los actos del delegatario- léase comisiones de regulación- se reputan pertenecientes a dichas unidades administrativas especiales y no se compromete entonces la responsabilidad del delegante. Por eso frente a esos actos pueden interponerse los recursos que señala la ley 142, lo que no es óbice para que en todo momento el Presidente pueda recuperar sus funciones delegadas y por ende tenga la facultad de reformar o revocar las actuaciones de las comisiones de regulación⁴¹.

Funciones de las Comisiones de Regulación

Las Comisiones de Regulación son órganos especializados de carácter técnico, encargadas de contemplar en la órbita puramente administrativa con arreglo a la ley, los reglamentos y previa delegación presidencial, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquellos y defender los derechos de los usuarios. Tienen como finalidad promover y garantizar la libre competencia y regular los monopolios en orden a una prestación eficiente de los servicios.

Entre las funciones que cumplen las Comisiones de Regulación, se tiene la de determinar las fórmulas tarifarias, lo que depende de las condiciones del mercado; allí donde existen monopolios, se interviene la tarifa para que la Empresa no abuse de su posición dominante; es decir, la prestadora del servicio deberá ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión,

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272/98. M.P. MARTÍNEZ, Caballero Alejandro.

salvo las excepciones que disponga la ley y acoger los topes máximos y mínimos tarifarios establecidos por ella, de acuerdo con los estudios de costos que realice, quedando de tal manera sometidas a un control directo. Otra modalidad tarifaria es la de libertad regulada; se da cuando las empresas para fijar y modificar las tarifas deben someterse a los criterios y metodologías señaladas por las comisiones de regulación. Finalmente, existe la libertad vigilada, en el evento de que haya suficiente competencia entre proveedores; la respectiva Comisión deberá indicarlo, para que la fijación de las tarifas por parte de las empresas, sea libre, con la obligación de informar por escrito a la comisión de regulación sobre las decisiones tomadas en esta materia.

Así como las Comisiones de Regulación tienen competencia para fijar las fórmulas de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, igualmente están autorizadas para modificarlas a fin de estimular a las empresas de servicios públicos de energía y de acueducto, a hacer inversiones tendientes a facilitar a los usuarios la mejora en la eficiencia en el uso de la energía o el agua, si tales inversiones tienen una tasa de retorno económica suficiente para justificar la asignación de los recursos en condiciones de mercado (Inciso 3° Art.96 ley 142/94).

Corresponde igualmente a las Comisiones de Regulación adoptar las políticas necesarias para determinar la destinación de los superávits que se generan por concepto del gravamen⁴² al que están sometidos los estratos 5 y 6, y los sectores comercial e industrial, en las empresas de carácter privado o mixto que presten los servicios públicos domiciliarios. Este gravamen se impuso en cumplimiento de los principios de justicia y equidad consagrados en los arts 95 y 338 de la C.P. y el principio de solidaridad del artículo 367 íbidem, el cual es un principio fundamental del Estado de Derecho (art-1° C.P).

En desarrollo de este principio corresponde al Estado adoptar medidas a favor de las personas de más escasos recursos económicos, debiendo además

⁴² La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-086/98 M.P. ARANGO, Mejía Jorge, señaló que este factor, cuya naturaleza es la de un impuesto con destinación específica, constituye indudablemente una de las principales fuentes de subsidios, y es incluido en la factura de los usuarios que deben pagarlo de acuerdo con la ley, por parte de las empresas que prestan el respectivo servicio, quienes lo recaudan y aplican a los subsidios que deben otorgarse a los usuarios de los estratos bajos.

intervenir para asegurar que dichas personas tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (arts. 13 y 334 C.P) . Así mismo la constitución en su artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Con tal propósito el legislador estatuyó en el artículo 89 de la ley de servicios públicos domiciliarios, criterios tarifarios tendientes a la aplicación de los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, y en los artículos 99 a 104 régimen de subsidios y estratificación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 368 de la Carta Política:

(...) El marco constitucional referido, desarrollado entre otros, por los instrumentos mencionados de los que se vale la Ley 142 de 1994, permite concluir que el principio de solidaridad en materia de servicios públicos, genera una doble obligación a cargo del Estado; de un lado, le corresponde velar por que haya mecanismos encaminados a que las personas de más bajos ingresos puedan acceder y disfrutar de los servicios públicos y del otro, es responsable de establecer sistemas que faciliten que tales personas realmente puedan sufragar la tarifa que se les cobra por la prestación de los servicios, es decir, que la tarifa no sea excesiva dada su capacidad económica⁴³.

Debido a que en el ejercicio regulatorio y en la prestación de los servicios públicos, se presentan enfrentamientos entre prestadores del servicio y usuarios, y para evitar abusos por parte de ambos actores, se han establecido mecanismos y procedimientos de índole constitucional y legal para reglamentar la relación jurídica existente entre ellos.

RELACIÓN JURÍDICA USUARIOS-EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Los servicios públicos en general, constituyen una actividad inherente a la finalidad del Estado Social de Derecho. Los servicios públicos domiciliarios persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado; a través

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150/03. M.P. CEPEDA, Espinosa Manuel José.

de ellos se pretenden satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, por lo que se han convertido en una de sus razones fundamentales y tienen gran importancia dentro de las tareas y objetivos de la gestión estatal.

Entre la prestación de estos servicios y la efectividad de ciertas garantías constitucionales fundamentales de las personas, existe un vínculo inescindible; de allí que el constituyente consagrara en el art 365 de la Carta, que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado, al que corresponde el ineludible deber de asegurar su prestación eficiente.

En el cumplimiento efectivo de tan encomiable tarea, y dadas las condiciones socioeconómicas de la mayoría de los habitantes del territorio Colombiano, a quienes con mayor razón se les debe garantizar el acceso a los servicios públicos domiciliarios en procura de un mejor bienestar, y unas condiciones que como mínimo aseguren una vida digna, el constituyente facultó en forma expresa al legislador para reglamentar todo lo atinente a la prestación de estos servicios.

Como se indicó, en virtud del mandato constitucional, el Congreso expide la ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142/94) en la que se reglamenta el contrato y la respectiva relación entre el usuario y la empresa de servicio público.

Naturaleza Jurídica

Motivo de discusión doctrinaria ha sido la naturaleza jurídica aplicable a las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestadoras de los servicios públicos. Por un lado los que acogen la tesis privatista, señalan que se trata de una naturaleza contractual y debe darse aplicación al derecho privado y los que acogen la de la naturaleza jurídico-pública, postulan que todas las actividades inherentes a los servicios públicos son reglamentarias, ya que la prestación de los servicios públicos está dirigida a la realización del interés general. Sin embargo ninguna de estas dos tesis logra definir por sí misma esta naturaleza, ni abarcar todas las características que surgen en la prestación de los servicios públicos domiciliarios .

La Corte buscando una definición que comprenda todas las posibles situaciones que se presenten, ha señalado:

(...) La relación jurídica entre el usuario y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley⁴⁴.

En Colombia la relación es de naturaleza contractual y reglamentaria. Su naturaleza contractual, radica justamente en la celebración de un contrato, el cual tiene como características el ser consensual, de adhesión o uniforme, y oneroso. Su ejecución está orientada por principios propios de la función pública y por principios que son exclusivos de los servicios públicos.

La consensualidad está referida a la circunstancia de que con la sola solicitud de prestación del servicio, se entienden aceptadas las condiciones preestablecidas por la empresa y ésta a su vez, queda obligada a prestar el servicio.

La uniformidad, corresponde a la existencia en el contrato, de estipulaciones definidas con antelación por la empresa para ofrecerlas a personas indeterminadas.

Onerosidad, consiste en que a cambio de la prestación del servicio, el usuario tiene la obligación de pagar un precio por él. Este precio es conocido como tarifa y la fijación de su monto se hará obedeciendo a la estratificación que el Municipio haya dado a la vivienda. La fijación de las tarifas está a cargo de las comisiones de regulación.

El carácter reglamentario proviene en primer término de la Constitución, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales: vida, salud, educación, dignidad humana, etc., y en segundo lugar, de la circunstancia de que es la ley de servicios públicos, la que establece el régimen jurídico aplicable, el cual debe ser acatado tanto por el prestador del servicio como por el usuario, dado el carácter de orden público que ostenta su normatividad. Por su parte las Comisiones de Regulación, como se indicó antes, cumplen tareas específicas que la misma ley les señala, entre las que se encuentra la facultad de emitir

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540/92. M.P. Cifuentes, Muños Eduardo.

conceptos sobre la legalidad de las condiciones uniformes. La relación estatutaria o reglamentaria cobra especial significación, al permitirse al usuario la interposición de los recursos ordinarios frente a las decisiones o actos de la empresa (arts. 151-159 Ley 142/94) y al permitírsele igualmente al usuario el trámite de peticiones o quejas ante la Oficina de Peticiones Quejas Y Recursos, que por exigencia legal debe implementar cada empresa prestadora de servicios (art.153 íbidem).

Tanto la Constitución como la ley han establecido mecanismos de participación ciudadana en relación con los servicios públicos (arts 78 C.P. y art.2º numeral 2.8 de la ley 142/94) Es de anotar, que si bien la Ley 142/94 consagra el derecho de participación, no establece ningún mecanismo respecto al derecho de participación directa de las organizaciones de usuarios en el proceso previo a la adopción de regulaciones por parte de la Comisiones de Regulación, derecho propio de la democracia participativa⁴⁵.

No puede olvidarse, que la prestación de los servicios públicos como función administrativa que es, se encuentra gobernada por los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la C.P. Además de estos principios generales, los servicios públicos están orientados en su gestión por otros principios que le son exclusivos, siendo éstos: igualdad, neutralidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad, que consisten en:

- Igualdad, manifestación particular del principio de derecho de igualdad de todos ante la ley. En virtud de este principio, los usuarios se encuentran en situación similar frente al servicio.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150/03. M.P. CEPEDA, Espinosa Manuel José. (...) 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 1º de la Constitución señala que Colombia es un Estado democrático y participativo; el artículo 2º 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 (...) 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".

- Neutralidad, el servicio debe funcionar teniendo en cuenta únicamente las exigencias del interés general.
- Obligatoriedad, apunta a que ningún operador puede dejar de prestar el servicio a quien se lo solicite; no puede existir corte indefinido para un usuario; no se le puede negar la prestación del servicio al usuario a quien se le ha cortado o suspendido el servicio.
- Regularidad, según este principio los servicios públicos se deben prestar en las condiciones que señale la ley.
- Continuidad, es el principio más importante, consiste en que los servicios públicos deben funcionar de manera ininterrumpida, con el fin de satisfacer las necesidades del interés general.

CONTRATOS DE CONDICIONES UNIFORMES.

La ley 142/94 en su artículo 128 definió el contrato de servicios públicos como un “contrato de condiciones uniformes, consensual, por el cual la empresa prestadora otorga el servicio a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ser ofrecidas a muchos usuarios no determinados”. El contrato de condiciones uniformes ha sido conocido tradicionalmente como contrato de adhesión. Estos contratos, están dirigidos a un grupo indeterminado de potenciales contratantes, y actúa con independencia de si estos –los contratantes– participan inicialmente en la propuesta, o si sólo aceptan la oferta preestablecida por la empresa prestadora.

Para que las reglas uniformes se entiendan incorporadas en el contrato, no se requiere de su efectivo conocimiento y comprensión por parte del adherente, sino simplemente que exista la posibilidad efectiva de ser conocidas. En la Ley 142/94 art. 131 se impuso al empresario el deber de dar a conocer las condiciones uniformes en el ámbito territorial donde presta los servicios, deber que se suma con la obligación de tener copias escritas disponibles de dichas condiciones, para ser entregadas a los usuarios cuando las soliciten⁴⁶. Las reglas uniformes son aplicables a todos los usuarios, y son previstas por la ley y los empresarios, ello con el fin de proteger la eficiencia y la continuidad

de la prestación de los servicios. El problema que surge con estos contratos es que muchas veces ellos suponen el consentimiento para su celebración o perfeccionamiento, y la aceptación de las cláusulas predispuestas, lo cual podría conllevar al abuso de la posición dominante.

El abuso de la posición dominante

Se configura con el comportamiento abusivo del ejercicio del poder de negociación, por quien se encuentra de hecho o derecho en una posición dominante. Y es que se estiman abusivas las cláusulas ausentes de negociación individual, las determinantes de un desequilibrio “sustancial” en las prestaciones de las partes, las contrarias a la equidad, las insertas en condiciones generales de contratación, las impuestas, las indicativas de una posición jurídica o económica inequivalentes, las implicantes de “abuso” de la posición dominante de una de las partes y, en general, las que evidencian un desequilibrio en los poderes y deberes de las partes. Y dado que ellas pueden conducir a “un desequilibrio injustificado y significativo” lesionando al consumidor”, es por lo que en la ley se ha dispuesto de mecanismos tendientes a proteger a los usuarios, garantizando su acceso, por medio de gestión, fiscalización y control social. De ahí que se establezcan, entre otros, los siguientes principios:

- 1) El deber de informar respecto de las condiciones uniformes de la contratación (art. 131).
- 2) La obligación de disponer y entregar copias de las condiciones uniformes, so pena de “nulidad relativa” del contrato (art. 131).
- 3) La prevalencia de las condiciones especiales sobre las uniformes en caso de conflictos entre unas y otras (art. 132).
- 4) La interpretación del contrato de conformidad con el principio de la libre competencia, la prevención y exclusión del abuso de toda posición dominante (art. 30).

⁴⁶ Art 131. Es deber de las empresas de servicios públicos informar con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios, acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen.

Las empresas tienen el deber de disponer siempre de copias de las condiciones uniformes de sus contratos; el contrato adolecerá de nulidad relativa si se celebra sin dar una copia al usuario que la solicite.

Sin embargo, no toda consagración de una cláusula uniforme se puede considerar como abuso de la posición dominante, ya que se requiere que ésta produzca un desequilibrio importante, significativo, exagerado, injustificado y perjudicial al consumidor o a la parte contraria.

La ley 142 de 1994 en cumplimiento de la prohibición expresa de la Constitución (art 333 inc 4) al abuso de la posición dominante, limitó la libertad de negociación, estableciendo en su artículo 33 una serie de cláusulas que constituyen abuso de la posición dominante en los contratos. El artículo 33 señala que la consagración de una de estas cláusulas puede generar nulidad, que puede desvirtuarse al existir la posibilidad de apreciar si hay otras cláusulas o circunstancias especiales de las partes que equilibren el contrato.

El artículo 73 numeral 21 de la ley 142/94 estableció que las comisiones de regulación son las encargadas de acuerdo con la ley, de señalar los criterios generales sobre el abuso de la posición dominante en los contratos de los servicios públicos y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a la facturación, comercialización, y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario. Igualmente en el artículo 133 numeral 17 se señala que se presume que hay abuso de la posición dominante de las empresas prestadoras con respecto al usuario, en aquellas cláusulas que limitan el derecho del suscriptor a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa.

El artículo 14 de la Ley 689/01 determinó que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener u operar un sistema único de información, que se surtirá de la información proveniente de los prestadores de servicios públicos, el cual tendrá entre sus propósitos el de apoyar las funciones asignadas a las comisiones de regulación.

El control de las cláusulas abusivas puede ser previo, actual y posterior; de naturaleza administrativa o jurisdiccional; realizado por entes de carácter privado o público y/o asociaciones. Pueden concernir a la relación jurídica particular (concreto) o a todas en general (abstracto), mediante el ejercicio de acciones individuales, colectivas, de protección de intereses difusos e inclusive concernientes a la salud y al ambiente según el interés al cual refieran, iniciadas de oficio o por solicitud de parte interesada.

BIBLIOGRAFIA

- ATEHORTÚA, Ríos Carlos Alberto.- Régimen Legal de los Servicios Públicos. 1ª Edición, Ed. DIKE ,1998.
- ATEHORTÚA, Ríos Carlos Alberto. Una aproximación al concepto de regulación. Letras Jurídicas. EEPPM. Vol.4, N° 1 Marzo de 1999.
- BETANCUR, E Luis Ignacio. No sólo por ley se crea derecho. Letras Jurídicas. EEPPM. Vol.7, N° 2 Septiembre de 2002.
- CASTRO, Nieto Hernando. Servicios públicos domiciliarios, función pública y derechos fundamentales. Letras Jurídicas. EEPPM. Vol.7, N° 2 Septiembre de 2002.
- CEPEDA, José Manuel. -Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis, pag.5.
- HOYOS, Hurtado Clemencia. Algunos aspectos jurídicos de los contratos de condiciones uniformes. Letras Jurídicas. EEPPM. Vol.7, N° 2 Septiembre de 2002.
- MARÍN, C Fabián Gonzalo. Notas del Seminario de Servicios Públicos.
- MORENO, Luís Ferney. Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico, Bogotá Universidad Externado de Colombia 2001.
- PALACIOS, Mejía Hugo - El Derecho de los Servicios Públicos.- Derecho Vigente, Bogota.1999.
- SERRANO, Galvis Myriam. Las empresas de servicios públicos frente al control fiscal. Letras Jurídicas. EEPPM. Vol.7, N° 2 Septiembre de 2002.
- ANGARITA, Barón Ciro. M.P. SENTENCIA T-406/92.
- ARANGO, Mejía Jorge. MP. SENTENCIA T-032/95



ARANGO, Mejía Jorge. MP. SENTENCIA C-086/98

ANGARITA, Barón Ciro. M.P. SENTENCIA T-406/92.

BARRERA, Carbonell Antonio. MP. SENTENCIA T-564/93

BARRERA, Carbonell Antonio. MP. SENTENCIA T- 235/94

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P. SENTENCIA T-380/94.

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P. SENTENCIA C-374/95.

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P SENTENCIA C-450/95.

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P. SENTENCIA C-263/96.

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P. SENTENCIA C-663/00.

BARRERA, Carbonell Antonio. MP. SENTENCIA C-1369/00

BARRERA, Carbonell Antonio. M.P. SENTENCIA T-1432/00.

BELTRÁN, Sierra Alfredo. M.P. SENTENCIA C-567/00.

BELTRÁN, Sierra Alfredo. M.P. SENTENCIA C-1191/00.

BELTRÁN, Sierra Alfredo. M.P. SENTENCIA T-441/01.

BELTRÁN, Sierra Alfredo. M.P. SENTENCIA T-1020/02.

CEPEDA, Espinosa Manuel José. M.P. SENTENCIA C-150/03.

CIFUENTES, Muñoz Eduardo. M.P. SENTENCIA T-402/92

CIFUENTES, Muñoz Eduardo. M.P. HERNÁNDEZ, Galindo Jose
Gregorio SENTENCIA T-540/92.

CIFUENTES, Muñoz Eduardo. M.P. SENTENCIA T-566/95

CIFUENTES, Muñoz Eduardo. M.P. SENTENCIA C- 198/98

CORDOBA, Triviño Jaime. M.P. SENTENCIA T-334/01.

CÓRDOBA, Triviño Jaime. M.P. SENTENCIA T-485/01.

ESCOBAR, Gil Rodrigo. M.P. SENTENCIA C-396/02. -Auto 108/02.

GAVIRIA, Díaz Carlos. M.P. SENTENCIA T-018/98.

HERNÁNDEZ, Galindo José Gregorio. M.P. SENTENCIA T-443/92.

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA T-539/93.

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA C-110/94.

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA T-463/94

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA T-122/95

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA T-462/96

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA C-357/97

HERNÁNDEZ, Galindo Jose Gregorio. M.P. SENTENCIA C-1162/00.

HERRERA, Vergara Hernando. M.P. SENTENCIA T-304/93

HERRERA, Vergara Hernando. M.P. SENTENCIA T-064/94

HERRERA, Vergara Hernando. M.P. SENTENCIA T-306/94

HERRERA, Vergara Hernando. M.P. SENTENCIA T-380/94

HERRERA, Vergara Hernando. M.P. SENTENCIA T-517/94

HERRERA, Vergara Hernando. M.P SENTENCIA C-432/96.

HERRERA, Vergara Hernando. M.P SENTENCIA C-075/97.

MARTÍNEZ, Caballero Alejandro. M.P. SENTENCIA T-578/92

MARTÍNEZ, Caballero Alejandro. M.P. SENTENCIA C-473/94.

MARTÍNEZ, Caballero Alejandro. M.P. SENTENCIA C-265/95.

MARTÍNEZ, Caballero Alejandro. M.P. SENTENCIA C-272/98.

MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. M.P. SENTENCIA T-881/02.

MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. M.P. SENTENCIA T-134/03.

MORÓN, Díaz Fabio. M.P. SENTENCIA T-580/92.

MORÓN, Díaz Fabio. M.P. SENTENCIA T-571/93

MORÓN, Díaz Fabio. M.P. SENTENCIA T-477/96.

MORÓN, Díaz Fabio. M.P. SENTENCIA C-066/97

MORÓN, Díaz Fabio. M.P. SENTENCIA C-493/97

ORJUELA, Carlos. M.P. EXPEDIENTE ACU 278/98.

RODRÍGUEZ, Rodríguez Simón. MP. SENTENCIA T-432/92

SANIN, G. Jaime. MP. SENTENCIA T-570/92

TAFUR, Galvis Alvaro. M.P. SENTENCIA T-1108/02.

VARGAS, H Clara Inés. M.P. SENTENCIA C-290/02.

VARGAS, H Clara Inés. M.P. SENTENCIA C-389/02