

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

por Víctor Rafael Hernández-Mendible¹

Sumario

I. Introducción

II. El sistema de fuentes en la regulación de los servicios públicos

III. La constitución económica y los servicios públicos

IV. La evolución de la regulación de los servicios públicos

V. La distinción constitucional entre los servicios públicos y los servicios públicos domiciliarios

VI. Hacia la consolidación de los servicios públicos domiciliarios competitivos

VII. Consideraciones finales

I. Introducción

Es sabido que la construcción de la institución del servicio público tiene su origen en el Derecho administrativo francés, pero ésta institución desde su aparición ha sido objeto de un controvertido desarrollo, que ha tenido etapas de expansión, evolución, estancamiento y crisis, que han producido distintas interpretaciones y reflexiones que han llevado incluso a decretar su muerte.

Por otra parte, en los países que son tributarios del Derecho administrativo francés lo han recibido adaptándolo a sus realidades políticas, jurídicas, sociales y culturales, lo que evidentemente ha llevado a entender que no ha existido una noción universal de servicio público, aplicable en todos los países que admiten la presencia de dicha institución en su ordenamiento jurídico.

Sin entrar a explicar las distintas etapas que ha experimentado la institución del servicio público en cada uno de los países, pues ello desborda el objeto de este trabajo y ha sido realizado por calificados juristas colombianos² y extranjeros³,

¹ Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela) y profesor en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. www.hernandezmendible.com

² Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos*. Biblioteca Vigente. Bogotá. 1999. pp. 4-34; Luís Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. pp. 57-76; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. 13ª ed. Temis. Bogotá. 2002. pp. 476-503; Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*. Universidad del Rosario-Legis. 12ª ed. Bogotá. 2004. pp. 281-302; Alberto MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2ª ed. Bogotá. 2005.

³ Gaspar ARIÑO ORTÍZ, Juan Miguel DE LA CUÉTARA y José Luís MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid. 1997; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y*

debe reconocerse que la Constitución Política de 1991, marca un antes y un después en la construcción del concepto de servicio público y más específicamente de los denominados servicios públicos domiciliarios en Colombia.

En la actualidad, los servicios públicos domiciliarios son analizados y desarrollados desde la teoría de la regulación, lo que exige un estudio de los mismos, desde tres perspectivas: La regulación jurídica-institucional, la regulación económica-financiera y la regulación técnica, es decir, se trata de abordar el análisis y la investigación a partir de un enfoque multidisciplinario que permita comprender cada sector económico de manera integral, lo que contribuirá a establecer la seguridad jurídica, la eficiencia económica, la competitividad, la pluralidad de ofertas y la calidad mínima necesaria en los servicios públicos domiciliarios, que permita garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas⁴.

Como operadores jurídicos nos corresponde centrar este análisis en el primer aspecto⁵, que por si solo resulta bastante amplio en virtud de la cada vez mayor intervención del Estado en la producción de normas jurídicas y de su presencia institucional en los sectores económicos para establecer una intensa regulación, que se justifica en la obligación de garantizar la efectiva satisfacción del interés general.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: El sistema de fuentes en la regulación de los servicios públicos (II); la constitución económica y los servicios públicos (III); la evolución de la regulación de los servicios públicos (IV); la distinción constitucional entre los servicios públicos y los servicios públicos domiciliarios (V); y, la consolidación de los servicios públicos domiciliarios competitivos (VI).

mercado. Fundamentos. I. Civitas. Madrid. 1998. pp. 45-69; José ARAUJO JUÁREZ (Dir.), *Servicios Públicos. Balance & Perspectivas*. Vadell Hermanos. Caracas. 1999; Jorge LuíS SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999; María Elena SANDIA et Al, *Leyes sobre servicios públicos domiciliarios: Agua, Electricidad y Gas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001; Allan R. BREWER-CARÍAS et Al, *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. Funeda. Caracas. 2002; Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Caracas. 2002. pp. 961-1029; José ARAUJO JUÁREZ, *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell Hermanos. Caracas. 2003; Gaspar ARIÑO ORTÍZ y Juan Carlos CASSAGNE, *Servicio público, regulación y renegociación*. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2005; Miriam Mabel IVANEGA, *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*. Sherwood. Caracas. 2006.

⁴ Respecto a la visión jurídico-económica se recomienda ampliamente, Luis Ferney Moreno Castillo, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

⁵ AA.VV., (Dir. Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA-Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

II. El sistema de fuentes en la regulación de los servicios públicos

Cuando se estudia el sistema de fuentes jurídicas que integran la regulación de los servicios públicos, siempre deben considerarse tanto las disposiciones que tienen origen supranacional como aquéllas que tienen origen nacional. A ello se dedicarán las subsiguientes líneas.

2.1. Fuentes supranacionales

En esta primera categoría se ubican las declaraciones y los tratados internacionales válidamente suscritos y aprobados por Colombia⁶, entre los cuales se encuentra previsto el deber que tienen todas las personas de pagar los impuestos legalmente establecidos, para contribuir al sostenimiento de los servicios públicos⁷, así como el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos⁸, correspondiendo al Estado la promoción de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente⁹.

Como complemento de estos dispositivos deben tenerse presentes entre las normas jurídicas internacionales, los tratados en materia ecológica¹⁰ y por supuesto los acuerdos económicos que se celebren con los países que integran la comunidad internacional¹¹.

También debe considerarse el derecho supranacional de la integración¹² o derecho comunitario andino¹³, tanto el derecho originario constituido por el

⁶ Artículo 224 de la Constitución Política.

⁷ Artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. 1948.

⁸ El artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. 1988.

⁹ En la doctrina científica, se recomienda Oscar Darío AMAYA NAVAS, *La constitución ecológica en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002; Patricia GUZMÁN AGUILERA, *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.

¹⁰ El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987; el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992; y, el Protocolo de Kyoto del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de 11 de julio de 1997.

¹¹ Artículo 226 de la Constitución Política, ha sido objeto de interpretación por la Corte Constitucional, en sentencia C-401 de 1995.

¹² El artículo 227 de la Constitución Política es el fundamento del derecho supranacional de la integración, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 1995, oportunidad en la cual sostuvo que “La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran su fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la reasignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viables los procesos de integración económica”.

Tratado del Acuerdo de Cartagena como el derivado producido por los órganos comunitarios, que una vez dictado se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano¹⁴. Las Decisiones adoptadas por los órganos supranacionales son de vigencia inmediata, las Decisiones y las Resoluciones son de aplicación directa o efecto directo y el ordenamiento andino no debe ser objeto de medidas que contravengan o que obstaculicen su aplicación¹⁵. Es conforme a ello que resultan aplicables las Decisiones adoptadas para la liberalización de los servicios públicos¹⁶, sobre la libre competencia¹⁷, respecto a la actividad de las telecomunicaciones¹⁸, del sector energético¹⁹ y de las inversiones extranjeras²⁰.

2.2. Fuentes nacionales en estado de normalidad institucional

En un estado de normalidad institucional, el sistema de fuentes en la regulación de los servicios públicos se encuentra integrado por el conjunto de

¹³ La Corte Constitucional, en sentencia C-256 de 1998, estableció que “El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino, pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste no se desarrolla únicamente a partir de los tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y de un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto, cuyas decisiones son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”.

¹⁴ El Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ahora de la Comunidad Andina establece lo siguiente:

“Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobados por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables a los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

¹⁵ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. p. 459.

¹⁶ Decisión N° 439, Marco General de Principios para la Liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, complementada por las Decisiones N° 510 y 659.

¹⁷ Decisión N° 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

¹⁸ Decisión N° 462, Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina y Resolución N° 432, de normas comunes sobre interconexión.

¹⁹ Decisión N° 536, Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad y Decisión N° 639, de Incorporación de Bolivia al Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad.

²⁰ Decisión N° 291, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

instrumentos jurídicos, que en cumplimiento de la Constitución y en ejercicio de sus competencias ordinarias expiden los poderes públicos.

2.2.1. La Constitución Política

Es así como se ubica en la cúspide del sistema de fuentes nacionales la Constitución Política como norma de normas, es decir, como la norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico²¹, que obliga a todos los poderes públicos, a los colombianos y a los extranjeros que se encuentren en territorio colombiano a acatarla y actuar con estricta sujeción a ella²².

2.2.2. Las leyes

El fundamento de la actividad reguladora del Estado como el de toda la función pública nace en las disposiciones constitucionales, en las cuales se atribuyen tanto competencias al Congreso -como al Presidente de la República- para regular las actividades económicas y en particular los servicios públicos domiciliarios.

Siendo la Constitución Política la fuente de donde derivan todas las competencias de los poderes públicos, el Congreso de la República debe hacer las leyes que sean compatibles con los principios, postulados, derechos, libertades y deberes fundamentales establecidos en la misma Constitución Política. Es así como deberá expedir las leyes de intervención económica a que se refiere el artículo 334 de la Constitución Política²³, que establecerán los fines, alcances y límites de la libertad económica y la libre competencia e igualmente deberá expedir las leyes que regirán tanto el ejercicio de las funciones públicas y de la prestación de los servicios públicos²⁴. Sobre este

²¹ La Corte Constitucional, en sentencia C-006 de 1992, sostuvo que “La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas y ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad”, lo que le lleva a afirmar seguidamente que “La Constitución como, *lex superior*, precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento jurídico y es por ello ‘fuente de fuentes’, ‘norma normarum’”.

²² Artículo 4 de la Constitución Política.

²³ Artículo 334 de la Constitución Política señala que “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

²⁴ La redacción del artículo 150.23 de la Constitución Política ha generado posiciones divergentes en la doctrina científica, pues partiendo de la premisa que se produjo un cambio de paradigmas a partir de 1991, existe una primera tesis a favor de la libertad de empresa que sostiene que en principio, la prestación de los servicios públicos constituye una actividad que no puede ser considerada como función pública administrativa, salvo que ésta haya sido previamente publicada, es decir, haya sido reservada a

último aspecto merecen especial mención la Ley 142²⁵ y la Ley 143²⁶, así como las leyes que posteriormente las modificaron parcialmente²⁷.

2.2.3. Los decretos con fuerza de ley

También compete al Congreso otorgarle al Presidente de la República, a solicitud expresa del gobierno, precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Desde el punto de vista temporal, estas facultades se conceden por un período máximo de seis meses; desde el punto de vista material, no pueden implicar la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni la creación de impuestos o los servicios administrativos y técnicos de las cámaras; y desde el punto de vista orgánico, tales decretos leyes podrán ser modificados en cualquier tiempo y por iniciativa propia del Congreso²⁸.

Corresponde al Presidente de la República expedir el decreto con fuerza de ley, cuando una vez presentado al Congreso, éste no apruebe el plan nacional de inversiones públicas, en el término de tres meses después de presentado²⁹.

2.2.4. Los reglamentos

las autoridades públicas, por vía constitucional o legal. Ello lleva a admitir que dicha prestación puede ser realizada por personas privadas o particulares, en pleno ejercicio de sus libertades económicas y bajo la estricta regulación, control y vigilancia del Estado. Al respecto puede leerse Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos*. Biblioteca Vigente. Bogotá. 1999. pp. 22-34, en especial pp. 30 y 34; Luís Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. pp. 67-72; también se ha pronunciado dentro de esta posición del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en auto de 17 de febrero de 2005 y en sentencia de 26 de enero de 2006, ratificada por la sentencia de 2 de mayo de 2007; también existe una segunda tesis, que puede considerarse intermedia, pues partiendo de un concepto amplio de función pública administrativa, concluye que la actividad de prestación de los servicios públicos, por su evidentiísimo contenido teleológico, constituye el ejercicio de función administrativa, con independencia que éstos sean prestados por entidades públicas o por los particulares. Con provecho, Alberto MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2ª ed. Bogotá. 2005. pp. 208-222, en especial pp. 213-214; y finalmente se encuentra la tesis intervencionista, que ha sostenido “que todos los servicios públicos no pueden ser más que funciones estatales sujetas a un régimen de derecho administrativo, en cuanto directamente su satisfacción es responsabilidad de la administración pública”, pasando a ser la prestación por los particulares o las comunidades organizadas excepcionalmente, constituyéndose éstos en colaboradores, en lugar de sustitutos del Estado en su papel protagónico e intervencionista sobre los servicios públicos. Ésta posición ha sido reseñada por Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos en un tema jurídico inconcluso e impreciso. *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. pp. 1934-1935.

²⁵ La Ley 142, de 11 de julio de 1994, estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

²⁶ La Ley 143, de 11 de julio de 1994, estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

²⁷ Ley 286, de 1996; Ley 632 de 2000; Ley 689 de 2001, Ley 1340 de 2009 y Ley 1341 de 2009.

²⁸ Artículo 150.10 de la Constitución Política.

²⁹ Artículo 341 de la Constitución Política.

El Presidente de la República tiene atribuida constitucionalmente la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para que se cumplan y ejecuten las leyes³⁰. En atención a ello debe reglamentar las leyes que regulan los servicios públicos domiciliarios³¹ y como suprema autoridad administrativa, tiene encomendada la modificación de las entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción estricta a los principios y reglas establecidos en la ley³², lo que ha hecho por ejemplo a través del Decreto 548³³.

2.2.5. Los actos administrativos

Los actos administrativos expedidos por todas las autoridades administrativas, sean ministros, superintendentes³⁴, comisiones de regulación³⁵ constituyen parte del sistema de fuentes de la regulación aplicables a los operadores y usuarios de los servicios públicos domiciliarios³⁶. Dada la naturaleza de los actos administrativos, éstos tienen rango sublegal, se dictan de conformidad y en ejecución de las leyes, no pueden resolver materias reservadas a la estricta y expresa regulación legal, se producen previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en las leyes respectivas³⁷.

³⁰ Artículo 189.11 de la Constitución Política.

³¹ La Corte Constitucional en sentencia C-272 de 1998, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad que el Presidente de la República pueda delegar la facultad reglamentaria, con apego a lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política.

³² El artículo 370 de la Constitución Política establece que “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”, lo que ha llevado a afirmar que la facultad otorgada en esta norma constitucional es distinta y más amplia que la de reglamentar las leyes, lo que permite al Presidente de la República poder “completar” la ley, pues este artículo no expresa que sea solo para ejecutarla”. Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos*. Biblioteca Vigente. Bogotá. 1999. pp. 72 y 208.

³³ Decreto 548, de 31 de marzo de 1995, por el cual se compilan las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

³⁴ El artículo 370 de la Constitución Política creó la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios y el artículo 76 de la Ley 142 configura a la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios, como un órgano de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, que colabora con el Presidente de la República en la función de policía administrativa, debiendo ejercer las funciones de control, inspección y vigilancia, tal como lo establece el artículo 79, debiendo destacarse entre ellas, la protección de los derechos de los usuarios, que le reconocen la Constitución Política, las leyes, los reglamentos y los contratos de prestación de los servicios públicos.

³⁵ El artículo 69 de la Ley 142 crea tres comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, que actúan por delegación del Presidente de la República y constituyen unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, aunque sometidas a la adscripción de los respectivos ministerios. Estas comisiones son: (i) La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; (ii) la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía; y (iii) la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, correspondiéndole a cada una regular el servicio público domiciliario correspondiente.

³⁶ Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000.

³⁷ Respecto al procedimiento administrativo, las autoridades administrativas deben atenerse a lo dispuesto en los artículos 106 al 115 de la Ley 142 y en lo que no se encuentre expresamente allí previsto, se

2.2.6. La jurisprudencia

Si bien es cierto que en Colombia, la jurisprudencia formalmente tiene un valor relativo como fuente de derecho por disposición constitucional³⁸, materialmente los operadores jurídicos no pueden dejar de lado las declaraciones de constitucionalidad o de inexecutable de las normas con rango de ley, que a través de sus sentencias efectúa la Corte Constitucional, así como las interpretaciones de las leyes que realiza conforme a los principios de la Constitución Política y tampoco se pueden obviar las sentencias del Consejo de Estado, que aplican la ley, interpretan las normas y llenan los vacíos jurídicos³⁹, porque en definitiva “la ley será lo que el juez diga que es”⁴⁰.

2.2.7. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho han sido reconocidos como integrantes del ordenamiento jurídico, tanto por la doctrina científica⁴¹ como por la Corte Constitucional⁴². Éstos deben insertarse dentro del contexto constitucional y deben comprender tanto los principios como los valores que le sirven de inspiración al Estado social y democrático de Derecho y al sistema republicano de gobierno⁴³. Tales principios pueden tener o no reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico, pero se constituyen en criterios de orientación en el marco de la hermenéutica jurídica, que deben ser utilizados para resolver aquellos asuntos en los cuales no exista una previsión legal expresa que contenga la solución de una situación determinada.

Entre estos principios que informan la regulación de los servicios públicos, se pueden mencionar los relacionados con el Derecho público económico, tales como el principio de libertad de empresa, de libre competencia, de igualdad entre las empresas públicas y privadas, de neutralidad del derecho respecto a la política económica, de unidad de mercado, de protección al consumidor, de protección al ambiente, racionalidad y proporcionalidad, de menor onerosidad

aplicarán supletoriamente las disposiciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 1° de 1984), modificado parcialmente por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989.

³⁸ El artículo 230 de la Constitución Política establece que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina *son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

³⁹ Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. 13ª ed. Temis. Bogotá. 2002. pp. 37-38. También se pronuncia a favor del reconocimiento de la jurisprudencia, como fuente de la regulación económica, Luis Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. p. 40.

⁴⁰ Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*. Universidad del Rosario-Legis. 12ª ed. Bogotá. 2004. p. 33.

⁴¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública* N° 40. Madrid. 1963. pp. 189-222; Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. p. 457.

⁴² Corte Constitucional, en sentencia de 6 de agosto de 1992.

⁴³ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Ob. cit. pp. 357-435.

de las medidas de intervención pública que restrinjan la libertad, de la confianza legítima⁴⁴, la seguridad jurídica⁴⁵ y la buena fe⁴⁶, así como de eficiencia, eficacia y transparencia en las actuaciones públicas que se proyectan sobre las actividades económicas⁴⁷.

A estos se suman los principios tradicionales de los servicios públicos: la continuidad, la adaptabilidad o mutabilidad, la neutralidad, la igualdad, obligación de correcta prestación⁴⁸, imparcialidad, transparencia y participación⁴⁹ y los principios del servicio universal⁵⁰: accesibilidad, progresividad, estándares mínimos de calidad y asequibilidad⁵¹.

2.2.8. La doctrina científica

La doctrina científica bien sea escrita o enseñada no influye de manera inmediata en la creación y aplicación del ordenamiento jurídico, las soluciones, propuestas, sugerencias o recomendaciones no tienen fuerza coercitiva, únicamente tendrán un papel influyente como fuente de derecho, en tanto y en cuanto el juez o el legislador se las apropien⁵². Esto ha permitido señalar que desde el punto de vista práctico, la orientación dada por la doctrina científica sobre el contenido, interpretación y aplicación de la ley se considere neutra, pura e incluso abstracta, pues en principio no tendrá incidencia directa en la formación del ordenamiento jurídico, ello solo será posible en la medida que los operadores jurídicos que la elaboren, luego sean convocados como asesores de poder legislativo para redactar las leyes o sean incorporados a los juzgados y cortes como jueces o magistrados para ejercer la función jurisdiccional⁵³, en

⁴⁴ Juan José ARANGO, Confianza legítima, o una expectativa racional en los proyectos de inversión del sector eléctrico. *Regulación Eléctrica. Estudio Jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. pp. 59-89.

⁴⁵ María Elvira VALDERRAMA, La seguridad jurídica en el sector eléctrico. *Regulación Eléctrica. Estudio Jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. pp. 193-208.

⁴⁶ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 4ª ed. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.

⁴⁷ LuíS COSCULLUELA MONTANER, Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas. Madrid. 2003. pp. 127-138.

⁴⁸ Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Porrúa. México. 1995. pp. 116 y ss. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. 13ª ed. Temis. Bogotá. 2002. pp. 487-489.

⁴⁹ José ARAUJO JUÁREZ, *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell Hermanos. Caracas. 2003. pp. 137-160.

⁵⁰ José ARAUJO JUÁREZ, Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p. 1976.

⁵¹ El artículo 6 de la Ley 143, enuncia y precisa en qué consisten los principios que rigen las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad.

⁵² Jean RIVERO, *Páginas de Derecho Administrativo*. Universidad del Rosario-Temis. Bogotá. 2002. pp. 45-62, en particular p. 56; Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*. Universidad del Rosario-Legis. 12ª ed. Bogotá. 2004. p. 32.

⁵³ Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ob. cit. p. 38

cuyo caso su pensamiento jurídico se traducirá en normas legales o sentencias.

2.3. Las fuentes en estado de anormalidad institucional

En los supuestos de estado de excepción constitucional, que puede producirse como consecuencia de una situación que afecte la vida económica o que amenace con alterar gravemente el orden económico, el sistema de fuentes se va a modificar temporalmente, mientras dure el estado de excepción, quedando integrado por los tratados internacionales en materia de derechos humanos que haya suscrito y aprobado Colombia, la Constitución Política, el decreto de estado de emergencia y los decretos con fuerza de ley dictados en ejecución de aquél, destinados a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos⁵⁴.

III. La constitución económica y los servicios públicos

Se debe comenzar señalando que la denominada “constitución económica”, no es un instrumento jurídico extraño a la Constitución Política, sino que aquella se encuentra incorporada dentro de ésta. Es así como a nivel de la doctrina científica, especialmente la constitucional y la administrativa han descubierto o si se prefiere reconocido dentro de la Constitución Política, una constitución social, una constitución cultural, una constitución ecológica y una constitución económica que será la que ocupará el interés seguidamente.

3.1. La constitución económica

La denominada constitución económica se encuentra constituida por el conjunto de normas, principios, criterios y valores fundamentales que rigen la vida económica-social del país y que tienen como sustrato a la Constitución Política. Tal modelo de constitución económica se encuentra vinculado positivamente al supraconcepto que enmarca la configuración del Estado constitucional colombiano: El Estado social de Derecho⁵⁵, es decir, los postulados de la constitución económica serán aquéllos que surjan y sean admisibles en la concepción del Estado social de Derecho⁵⁶.

⁵⁴ Artículo 215 de la Constitución Política.

⁵⁵ El artículo 1° de la Constitución Política establece que “Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁵⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-566 de 1995, al analizar el supraconcepto Estado social de Derecho ha sostenido que éste “se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con su capacidad real de

Ello permite apreciar que el Estado de Derecho establece límites a los órganos de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias y ejecución de sus actuaciones, que se encuentran expresamente establecidos en la propia Constitución y en las leyes, en tanto que dichas actuaciones u omisiones están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales.

Igualmente los derechos y las libertades públicas tienen como límites aquellos que establezcan la Constitución y las leyes, en virtud de la concepción de Estado Social que justifican las restricciones o limitaciones con fines de utilidad pública o de interés general. Sin embargo, no debe olvidarse que el Estado social para limitar los derechos y las libertades públicas, con la finalidad de garantizar la satisfacción del interés general, debe actuar con sujeción a la juridicidad, o dicho de otra manera, el Estado social es también Estado de Derecho.

Es conforme a estas premisas, que los particulares podrán ejercer sus derechos y libertades económicas, entendiendo que tal ejercicio implica la responsabilidad de contribuir a la satisfacción del interés general, en tanto que los órganos de los poderes públicos deberán ejecutar su actuación de intervención en la dirección general de la economía nacional, con la finalidad de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y la realización de la justicia social.

3.2. Principios económicos que configuran la constitución económica

La actuación de los poderes públicos debe atender a los programas y postulados que de manera explícita o implícita configuran el sistema socio-económico que contiene la Constitución. Un estudio armónico de las distintas disposiciones contenidas en la Carta Fundamental, permite extraer los siguientes principios:

3.2.1. Los principios liberales en la economía

Los principios de libertad de empresa⁵⁷ o libertad económica⁵⁸ y la libre iniciativa constituyen una garantía de la participación privada en la economía nacional, libertades que tienen como límites el bien común y el interés

autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades”.

⁵⁷ Respecto a la libertad de empresa, se recomienda Magdalena CORREA HENAO. *La libertad de empresa en el Estado Social*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.

⁵⁸ Gaspar ARIÑO ORTÍZ, sostiene que la libertad de empresa constituye la expresión moderna de la libertad económica entendida en un sentido amplio. *Principios de Derecho Público Económico*. 1ª ed. Comares. 3ª ed. Ampliada. Granada. 2004. p. 254.

general⁵⁹. Con la finalidad de fortalecer el ejercicio de estas libertades, se ha establecido que nadie podrá exigir habilitaciones previas –salvo los supuestos contemplados en la propia Constitución, que se mencionarán más adelante-, ni requisitos no previstos en la ley⁶⁰. Además se señala que conforme al modelo político que rige al Estado, la empresa tiene una función social que le genera obligaciones⁶¹.

La libre competencia económica desde el punto de vista subjetivo es un derecho individual, que implica tanto facultades como responsabilidades y desde el punto de vista objetivo es un principio o regla conformador del modelo económico configurado en la Constitución, que delimita el actuar de los operadores económicos -públicos, privados o mixtos- y que debe ser preservado por los poderes públicos, para mantener, promover y propiciar la existencia de mercados libres en la economía⁶², la protección de los derechos de los consumidores y los usuarios, así como el funcionamiento eficiente de los mercados⁶³.

3.2.2. Los principios de restricción de derechos y libertades económicas

El Estado deberá a través de la ley, impedir que se obstruya o restrinja la libertad de empresa, así como evitar o controlar cualquier abuso de los operadores económicos que se encuentren en posición de dominio en el mercado nacional.

Siendo que los monopolios constituyen la máxima expresión de la posición de dominio, desde la perspectiva constitucional únicamente serán admisibles aquéllos que se establezcan como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social, por virtud de una ley. Sin embargo, el texto constitucional ratifica la responsabilidad del Estado en materia económica al establecer, que dicha ley no podrá aplicarse mientras se encuentre pendiente

⁵⁹ La Corte Constitucional, en sentencia T-425 de 1992 ha afirmado que “... La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social”.

⁶⁰ El artículo 22 de la Ley 142, dispone que “las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos, licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades” y en el sector eléctrico el artículo 7 de la Ley 143 se establece que “en los casos señalados por la Ley, para operar o poner en funcionamiento los proyectos, se deberán obtener de las autoridades competentes los permisos respectivos en materia ambiental, sanitaria, uso de aguas y los de orden municipal que sean exigibles”.

⁶¹ Artículo 333 de la Constitución Política.

⁶² En las actividades del sector eléctrico, el artículo 7 de la Ley 143 establece que “en las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional y el artículo 3 de esta Ley”.

⁶³ Corte Constitucional, en sentencia C-535 de 1997.

la plena indemnización, de las personas que hayan quedado privados del ejercicio de una actividad económica lícita⁶⁴.

La Constitución Política señala a donde deben ir las rentas generadas por los monopolios de suerte, azar y licores, además de establecer que el gobierno deberá enajenar y liquidar las empresas que constituyan monopolios estatales, en cuyo caso deberá otorgarle a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no se cumplan los requisitos de eficiencia, de conformidad con lo establecido en la ley.

La libertad económica o de empresa no es absoluta⁶⁵, sino que tiene límites que deberán ser establecidos por la ley⁶⁶, cuando medien razones de interés social, ambiental o de patrimonio cultural⁶⁷. También constituye una restricción a la libertad económica, la interdicción de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la iniciativa empresarial privada de introducir residuos nucleares o desechos tóxicos en el territorio colombiano⁶⁸.

Como excepción a la innecesidad de obtener habilitación previa para realizar la libertad económica y la libre iniciativa privada, se establece que la actividad económica financiera, bursátil, aseguradora y de reaseguro, así como todas aquellas relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos económicos captados del público se consideran de interés público y en consecuencia para su realización se exigirá autorización previa del Estado, de conformidad con la ley que regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias⁶⁹.

3.2.3. Los principios de estímulo de las actividades económicas

Bajo este subepígrafe se debe entender la actividad administrativa de fomento en sentido amplio, es decir, aquélla que incluye el fomento propiamente dicho, como la planificación y la promoción de la competitividad.

a) La actividad de fomento

⁶⁴ Artículo 336 de la Constitución Política.

⁶⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-118 de 1998, sostuvo que “Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de los postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta, ‘dentro de los límites del bien común’, bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado Social de Derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es director de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan”.

⁶⁶ El artículo 10 de la Ley 142 reconoce que la libertad de empresa “es [un] derecho de todas las personas [a] organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la Ley”.

⁶⁷ Artículo 333 de la Constitución Política.

⁶⁸ Artículo 81 de la Constitución Política.

⁶⁹ Artículo 335 de la Constitución Política.

Partiendo de la premisa que corresponde al Estado la dirección general de la economía nacional, éste debe intervenir conforme a las previsiones legales para racionalizar la economía, con el objeto de alcanzar el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la justa y equitativa distribución de oportunidades y de los beneficios del desarrollo, así como la preservación de un sano ambiente⁷⁰.

La actividad de fomento constituye una técnica de intervención que persigue la asignación de incentivos o beneficios especiales directos a los operadores privados o indirectos que se otorgan a los consumidores de bienes o usuarios de los servicios⁷¹, destinados a promover el desarrollo de actividades concretas, la producción de determinados bienes, la prestación de algunos servicios o la explotación de industrias, quienes como contrapartida se comprometen a ajustar sus conductas a las exigencias establecidas por el Estado.

Esta técnica de intervención comprende las asignaciones de sumas de dinero, las exenciones y desgravámenes fiscales, préstamos públicos privilegiados, remoción de limitaciones a la contratación laboral y acceso a seguros públicos⁷².

b) La actividad de planificación

El desarrollo de la actividad de planificación debe efectuarse conforme a los principios constitucionales⁷³ y lo que dispongan las leyes respectivas, necesariamente debe ser estratégica y participativa, consistiendo la misma en la elaboración, aprobación, expedición y ejecución de los planes de manera armónica e integral, así como en el establecimiento de los distintos indicadores de gestión, que permitan realizar el control y evaluación de la planeación por las autoridades competentes⁷⁴.

⁷⁰ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁷¹ El artículo 368 de la Constitución Política señala que “La nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

⁷² Ramón MARTÍN MATEO, *Marco público de la economía de mercado*. Madrid. 1999. pp. 102-103.

⁷³ Artículos 339 al 343 de la Constitución Política.

⁷⁴ Se ha señalado que “por definición, la planeación económica se puede entender en primera instancia, como una forma deliberada que el Estado tiene para influir en el funcionamiento de la actividad económica y social, ordenando su desarrollo en pos de un conjunto coherente y explícito de objetivos deseables y con el mínimo de costo social. Analizando la definición se desprende de ella que la planeación al buscar influir en el funcionamiento de la economía, está propiciando un tipo de intervención de fondo, donde a mediano o largo plazo se modifiquen las estructuras o tendencias del sistema, que por depender de múltiples variables sociales y económicas, es difícil pensar que puedan modificarse a corto plazo”. Luis Fernando LÓPEZ GARAVITO, *Intervencionismo del Estado y Economía en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. p. 65.

Los planes constituyen en esencia los instrumentos de la política económica⁷⁵, a través de los cuales ésta se materializa, que tiene una finalidad de racionalizar y disciplinar la actividad económica, debiendo tener carácter indicativo para los particulares y carácter imperativo y vinculante para las autoridades públicas.

Conforme a esto, el Estado deberá planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar un desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución⁷⁶.

c) La actividad de promoción

La planificación estratégica debe llevar al desarrollo de políticas públicas que promuevan la productividad y competitividad de los bienes y de los servicios que generen valor agregado nacional, que se ofrezcan tanto en los mercados nacionales, comunitarios e internacionales, contribuyendo al incremento del producto interno bruto, al aumento de la renta *per capita* nacional y al desarrollo armónico de las regiones⁷⁷.

El Estado tiene el deber de promover el acceso progresivo a la propiedad privada ordinaria⁷⁸ y a la propiedad agraria⁷⁹ e igualmente protegerá la propiedad intelectual⁸⁰, de conformidad con la ley. La propiedad tiene una función social que genera obligaciones⁸¹ y le es inherente una función ecológica.

Además, la ley deberá promover la democratización del crédito⁸², así como el establecimiento de normas especiales en las zonas de fronteras terrestres y marítimas, en materias económicas y sociales destinadas a promover su desarrollo⁸³.

3.2.4. Los principios de intervención pública en la economía

La intervención pública sobre la actividad económica y por ende la limitación o restricción del ejercicio de los derechos y las libertades económicas puede ser más o menos intensa y ello va a depender de la política pública que el Estado

⁷⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-557 de 2000, efectúa un importante resumen jurisprudencial de su doctrina sobre los planes de desarrollo.

⁷⁶ Artículo 80 de la Constitución Política.

⁷⁷ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁷⁸ Artículo 58 de la Constitución Política.

⁷⁹ Artículo 64 de la Constitución Política.

⁸⁰ Artículo 61 de la Constitución Política.

⁸¹ Ismael Hernando ARÉVALO GUERRERO, Función social y energía eléctrica, y aspectos relativos al derecho de bienes. *Regulación Eléctrica. Estudio Jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. pp. 211-229.

⁸² Artículo 335 de la Constitución Política.

⁸³ Artículo 337 de la Constitución Política.

haya asumido, en razón de la función de dirección general de la economía nacional que le encomienda la Constitución Política⁸⁴.

Existen múltiples disposiciones en la Constitución Política que habilitan la intervención del Estado en la economía, lo que ha permitido establecer –la siguiente mención es meramente enunciativa–, que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables⁸⁵, razón por la cual debe intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, así como en la prestación de los servicios públicos y privados⁸⁶.

Dada la finalidad social del Estado, que debe perseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, éste debe intervenir de manera especial para generar el pleno empleo de los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular aquéllas de menores ingresos económicos⁸⁷, logren tener acceso efectivo a los bienes y los servicios básicos⁸⁸.

Lo dicho lleva a analizar ¿cómo debe producirse la intervención del Estado, en lo concerniente a la prestación de los servicios públicos y a garantizar que las personas de menores ingresos, logren tener acceso a los servicios básicos?.

La respuesta a esta interrogante surge de la propia Constitución Política la cual señala que siendo los servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado, éste deberá asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes de Colombia, dentro del territorio nacional⁸⁹.

Si bien los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que fije la ley, éstos podrán ser prestados directamente por el Estado⁹⁰ o indirectamente⁹¹, así como por las comunidades organizadas, bajo lo que se podría calificar como una modalidad de la autogestión o por particulares, distintos de aquéllos que integran la comunidad organizada beneficiaria de

⁸⁴ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁸⁵ Artículo 332 de la Constitución Política.

⁸⁶ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁸⁷ La Corte Constitucional, en sentencia C-566 de 1995, ha manifestado que “El Estado social de derecho no es ajeno a las condiciones de vida de los estratos más pobres del país ... En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado, triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático”.

⁸⁸ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁸⁹ Artículo 365 de la Constitución Política.

⁹⁰ El artículo 367 de la Constitución Política señala que los servicios públicos domiciliarios podrán ser prestados directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, debiendo los departamentos cumplir funciones de apoyo y coordinación.

⁹¹ Artículo 15.6 de la Ley 142.

tales servicios⁹². Según esto, la prestación de los servicios públicos puede ser realizada por cualquiera de los sujetos antes mencionados en virtud de la habilitación constitucional⁹³.

En atención a lo anterior, el Estado por razones de soberanía o interés social, puede reservarse mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros del Senado y de la Cámara de representantes y presentada a iniciativa del gobierno nacional, determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. En todo caso, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas particulares que en ejercicio de sus derechos y libertades venían realizando la actividad lícitamente y que han quedado privados de continuarlas ejecutando, en virtud de la ley que establece la reserva⁹⁴.

Ahora bien, con independencia que la prestación de los servicios públicos se realice de manera directa por el Estado o personas extrañas a la organización del Estado, éste conserva en cualquier caso la competencia para intervenir mediante la regulación, el control y la vigilancia sobre los servicios públicos⁹⁵.

En conclusión, el Estado puede intervenir de dos maneras: Una que constituye una función pública y que en consecuencia es irrenunciable e intransferible, a través de la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos; y la otra que es optativa, si se quiere discrecional, que puede involucrar el ejercicio de la iniciativa empresarial pública en la prestación directa de los servicios públicos.

3.3. El sistema de economía social de mercado

El análisis de los anteriores principios permite apreciar cómo la Carta Política de 1991, acoge en sus disposiciones un sistema de economía social de mercado o si se prefiere un sistema de economía de mercado que admite las correcciones en el ámbito social, es decir, la constitucionalización de tales principios reconoce y exige la convivencia de las libertades económicas impregnadas en su contenido esencial de función social, con las constitucionalmente legítimas manifestaciones de intervención del Estado en la economía⁹⁶.

Ahora bien, el ejercicio de las libertades económicas por los particulares en una sociedad democrática, tiene su razón de ser en el hecho que la satisfacción del interés general no constituye un patrimonio exclusivo del Estado, sino en el reconocimiento de que los particulares en ejercicio de los derechos y las libertades económicas -que como establece la Constitución Política les genera

⁹² Artículo 365 de la Constitución Política.

⁹³ Víctor Eduardo QUIROGA CÁRDENAS, Expansión de la cobertura en el sector eléctrico. ¿deber del Estado o iniciativa privada?. *Regulación Eléctrica. Estudio Jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. p. 93.

⁹⁴ Luís Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. pp. 69-70.

⁹⁵ Artículo 365 de la Constitución Política.

⁹⁶ Luís Ferney MORENO CASTILLO, Ob. cit. p. 38.

obligaciones-, tienen la responsabilidad de contribuir a la satisfacción del interés general.

No obstante, si en el ejercicio de esos derechos y libertades no se satisface tal interés, no se alcanza un mayor bienestar general o no se logra el mejoramiento de la calidad de vida de la población, entonces el Estado debe intervenir en la economía, con estricto apego a la Constitución Política y a las leyes, para corregir las externalidades, reducir los costos de transacción en los operadores comerciales, eliminar las desigualdades que generan los fallos del libre mercado y lograr tanto la eficiencia económica como el bienestar general y la promoción de una efectiva justicia social⁹⁷.

En este sentido, se considera que en una economía social de mercado⁹⁸, donde está presente el reconocimiento de la libre empresa, la iniciativa privada y la libre competencia, el Estado interviene para actuar como un instrumento de justicia social, realizando una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permitiendo corregir los excesos individuales o colectivistas⁹⁹.

3.4. Los servicios públicos en la Constitución económica

Los servicios públicos son considerados en la Constitución como inherentes a la finalidad social del Estado, declaración ésta que no exige su prestación directa y exclusiva por parte de él, sino la obligación de crear las condiciones para asegurar su efectiva prestación a todos los ciudadanos¹⁰⁰, lo que supone una apuesta resuelta del Constituyente para el tránsito del Estado prestacional al Estado de garantía de prestaciones, es decir, se trata del mismo Estado social de Derecho, que luego de un proceso de reingeniería jurídica e institucional asume una nueva visión y una nueva misión, llevar a cabo de manera efectiva y eficiente las funciones que son consustanciales con su existencia, permitiendo que los particulares en ejercicio competitivo de los derechos y libertades que el ordenamiento jurídico les reconoce, realicen aquellas actividades que pueden contribuir a la satisfacción de bienestar general y de la mejora de la calidad de vida de todas las personas.

Ello no implica que exista un distanciamiento entre el Estado y los particulares que realizan la actividad de prestación de los servicios públicos y menos aún que aquél carezca de responsabilidad en materia de servicios públicos, sino que adquiere un nuevo rol, cede el protagonismo en la prestación a favor de los particulares, sin perjuicio que el propio Estado en ejercicio de la iniciativa empresarial pública, resuelva participar en la gestión de los servicios públicos,

⁹⁷ Joseph STIGLITZ, *Los felices noventa: la semilla de la destrucción*. Suma de Letras. Madrid. 2005. p. 16.

⁹⁸ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia de 2 de mayo de 2007, señala que el sistema constitucional económico asume un “modelo ‘neoliberalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final’”.

⁹⁹ Corte Constitucional, en sentencia T-533 de 1992.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, en sentencia T-540 de 1992.

pero con estricto sometimiento a la ley y al Derecho, como cualquier otro operador económico¹⁰¹.

La propuesta sobre la cual se sustenta esta transformación jurídica e institucional consiste en que el Estado asume un nuevo papel, abandonando su actuación como empresario exclusivo que debía prestar obligatoriamente los servicios públicos, lo que evidentemente puede hacer, aunque no es de precepto y asumiendo aquello que sí es consustancial a su existencia, la auténtica función pública: la regulación, que se justifica en virtud de la presencia del interés general que debe ser satisfecho y que subyace respecto a toda la actividad económica que realizan los operadores privados que gestionan servicios públicos¹⁰².

IV. La evolución de la regulación de los servicios públicos

Si bien es cierto que el Estado colombiano históricamente ha desarrollado la función estatal de regulación general, según la doctrina científica¹⁰³, en lo atinente a la regulación económica su intervención ha sido mucho más reciente pues tiene menos de un siglo¹⁰⁴, aunque ésta se ha potenciado con la transformación del antiguo modelo de Estado prestacional por el moderno modelo de Estado de garantía de prestaciones. Esto lleva a analizar cuáles son las notas que caracterizan esa evolución de la regulación de los servicios públicos.

4.1. La regulación de primera generación

No constituye ningún secreto la ascendencia que el derecho administrativo francés ha tenido históricamente sobre el derecho administrativo colombiano, lo que ha contribuido exitosamente en la consolidación de las instituciones jurídico-administrativas y en la construcción del Estado social de Derecho. Sin duda, una de las instituciones donde se aprecia este vínculo entre ambos derechos lo constituye el servicio público.

¹⁰¹ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, mediante auto de 17 de febrero de 2005, sostuvo que “*La Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad*”. Esta posición ha sido ratificada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia de 2 de mayo de 2007.

¹⁰² Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000.

¹⁰³ Sostiene Nohora PALOMO GARCÍA, que la función de regulación no es nueva, que no tiene su génesis en la Constitución Política de 1991, ella ubica sus orígenes en el acto legislativo 1, de 1936, que estableció la intervención del Estado en las actividades económicas; en el acto legislativo 1, de 1945, por el que se otorgaron al Gobierno instrumentos jurídicos idóneos para garantizar la efectividad de las medidas de intervención económica y en el acto legislativo 1, de 1968, que le amplió la potestad al Gobierno para ordenar dicha intervención. Además reseña un conjunto de leyes que sirvieron de base para la regulación del sector eléctrico antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política en 1991. Autoridades regulatorias: La Comisión de Regulación de Energía y Gas. *Regulación Eléctrica. Estudio Jurídico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. pp. 15-16.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, en sentencia C-150 de 2003.

De manera sucinta debe señalarse que gracias a las sentencias del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos de aquel país, la doctrina científica creyó concluir que el derecho administrativo encontraba su unidad en la noción de servicio público, llegando a considerar que el derecho administrativo era el derecho de los servicios públicos, lo que va a significar que allí donde está el servicio público se debía aplicar el derecho administrativo o dicho en sentido inverso, el derecho administrativo tenía su razón de ser en la regulación del servicio público, lo que arrojaba como consecuencia la competencia de juez administrativo para solucionar los conflictos que pudiesen plantearse, por ser éste el llamado a aplicar el derecho administrativo.

Por supuesto, que una concepción tan simple y reduccionista era insostenible para la construcción del derecho administrativo como rama científica con autonomía, lo que se patentizó luego de la primera crisis surgida en el intento por construir la noción de servicio público¹⁰⁵.

Basado en estas premisas, el origen de la institución del servicio público se ha relacionado con el ejercicio de la función pública administrativa, es decir, la presencia de una actividad calificada como servicio público, suponía una actividad administrativa, sujeta al derecho administrativo y por ende al control del juez administrativo.

Esta idea se encuentra en las conclusiones del comisario de gobierno Romieu, en el caso Terrier¹⁰⁶, quien formula el siguiente principio: “*Todo lo concerniente a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, sea que la administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza de la competencia administrativa*”.

Sin entrar en la definición jurídica de servicio público, que jamás ha satisfecho a la totalidad de la doctrina científica -y cuya precisión en nada contribuye a los fines del presente análisis-, sí existe coincidencia en los tres elementos que identifican a una actividad como servicio público¹⁰⁷:

¹⁰⁵ Considera Jean RIVERO, “... que el *servicio público no necesariamente requiere, para su gestión, el derecho administrativo*. Él utiliza, según su naturaleza y según el objeto que él persigue, ya sea procedimientos de la gestión privada, es decir, del derecho civil y comercial, ya sea aquellos de la gestión pública, es decir, los del derecho administrativo. Y éstos extienden su dominio más allá del campo de los servicios públicos. En estas condiciones ya no es posible encontrar en la noción de servicio público, ni el campo de aplicación del derecho administrativo ni su principio de explicación, ya que *las necesidades del servicio público pueden, según el caso, recibir satisfacción tanto por el derecho privado como por el derecho público. Parece ser que los recientes esfuerzos por tratar de restaurar la noción en su rol anterior tropieza con una evolución que sobrepasa, en mucho, los problemas puramente jurídicos*”. *Derecho administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1983. p. 35. (Las cursivas son del texto original y las negritas son mías).

¹⁰⁶ Consejo de Estado francés, sentencia Terrier, de 6 de febrero de 1903. *Les grands arrêts de la jurisprudence administratif*. 10ª ed. Sirey. París. 1993. pp. 66-68.

¹⁰⁷ Jean RIVERO, Ob. cit. p. 183.

El primero es el elemento subjetivo u orgánico, que lleva a sostener que si se considera una actividad como servicio público debe existir una titularidad pública, sin perjuicio que la Administración Pública llame a colaborar a los particulares en la prestación, previo otorgamiento de la correspondiente habilitación administrativa: contrato de concesión de servicio público o acto administrativo de licencia.

El segundo es el elemento objetivo, material o teleológico, que persigue la búsqueda de la satisfacción de una necesidad de interés general, razón que justifica la asunción de la titularidad pública sobre la actividad de servicio público. Si el interés general no estuviese presente, no existiría razón alguna para la asunción de la titularidad sobre dicha actividad. El interés general sería así la causa legitimante que utilizaba el poder público para asumir la realización de las actividades de indispensable prestación para la sociedad, con la finalidad de satisfacer las necesidades básicas de las personas.

El tercero es el elemento formal o normativo, que supone el establecimiento de un régimen jurídico especial, de derecho público, derogatorio del derecho común, en las relaciones jurídicas que se establecen entre el prestador del servicio público y los usuarios de éste. Este régimen especial se aplicaría con independencia que el servicio público fuese prestado de manera directa o indirecta por su titular.

Estos postulados elaborados en la cuna del derecho administrativo, aterrizaron en Colombia y fueron aceptados tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia¹⁰⁸, llegando a aplicarse tanto en los servicios públicos administrativos y de seguridad, los servicios públicos sociales y culturales, los servicios públicos de salud y seguridad social e igualmente en los servicios públicos industriales y comerciales.

En resumen, la doctrina científica y la jurisprudencia han sido contestes en reconocer que el servicio público en su concepción tradicional supone, que estando presente una actividad que persigue la satisfacción del interés general, el Estado debe asumir la titularidad de la misma, por considerar que es el único que puede satisfacer tal interés en ejercicio de la función pública administrativa y bajo la aplicación del régimen jurídico de derecho público, que rige a toda la actividad administrativa.

4.2. La regulación de segunda generación

Se debe comenzar señalando que la doctrina científica francesa había advertido acerca del desvanecimiento de la noción de servicio público, producto de la disociación de los elementos que la integraban¹⁰⁹. A ello se suman los

¹⁰⁸ Gustavo PENAGOS VARGAS, *El servicio público*. Ed. Ciencias y Derecho. Bogotá. 1995.

¹⁰⁹ Señala Jean RIVERO, que “la noción de servicio público se ha desvanecido. En la práctica más frecuente del Estado liberal, tres elementos se encontraban reunidos en el servicio público: un organismo administrativo, una actividad de interés general y un régimen jurídico derogatorio del derecho común.

procesos liberalizadores de los servicios públicos que se han llevado a cabo en la Unión Europea, a partir del Tratado de Maastricht, que ha generado como consecuencia cambios en la concepción y regulación de los servicios públicos en toda Europa.

En el ámbito regional, ha sido la Comunidad Andina quien ha impulsado el proceso de liberalización de los servicios públicos, lo que se debe traducir en reformas jurídicas respecto al régimen existente en los países integrantes de la misma.

En el orden interno, el punto de partida para el desarrollo de la regulación de segunda generación lo constituye la Constitución Política de 1991, que es concomitante a las decisiones reformistas aprobadas en el seno de la Comunidad Andina.

Lo expuesto lleva a inferir que la regulación de segunda generación de los servicios públicos, no puede ser igual que su predecesora, porque se sustenta en un nuevo orden jurídico, económico, social y cultural que conduce a una reflexión consciente sobre la existencia de un nuevo servicio público.

Sin embargo, no se puede ignorar que tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia existen posiciones encontradas respecto a la titularidad de los servicios públicos, si éstos implican el ejercicio de función pública administrativa o acerca del régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, tal como se dijo antes es incuestionable el impacto que produjo la Constitución Política de 1991, en la conformación del Estado y en la sociedad colombiana, lo que se tradujo en la regeneración institucional a través de la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, la creación de nuevas instituciones, la adaptación de otras a las nuevas realidades político-sociales y por supuesto, a la redefinición de los cometidos que corresponden a los poderes públicos en el Estado social de Derecho.

Ahora bien, la Constitución Política no contempla la abolición del Estado, ni de las funciones públicas, nada más lejos de la realidad y menos aún la sustitución plena de todos los servicios públicos por las reglas del libre mercado, lo que propone es una redefinición del rol que ha desempeñado el Estado en la economía, actuando en muchos casos como único prestador de los servicios

Ahora bien, estos tres elementos se han dissociado: es frecuente hoy en día que una actividad de interés general (servicio público en sentido funcional, o también misión de servicio público) sea ejercido por un organismo de derecho privado, bajo su régimen que mezcla el derecho privado y el derecho público, o también (el caso de los servicios económicos) que un mismo organismo público (servicio público en sentido orgánico) se encuentre ubicado en principio bajo un régimen de derecho privado. En estas condiciones, ha resultado muy difícil, y muy arbitrario, decir lo que es o no es servicio público; la respuesta varía según que uno se ubique desde el punto de vista de la naturaleza del órgano, o desde el punto de vista de su misión, o también desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable". *Derecho administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1983. pp. 183-184.

públicos y otorgándolos de manera discrecional y excepcional a la prestación de los particulares, bajo el régimen de concesión.

Lo que se plantea es afianzar el rol del Estado como regulador para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, pudiendo desempeñarse como un prestador más, directo o indirecto, sometido plenamente a la regulación por él dictada, así como pudiendo abstenerse de participar en la prestación de los servicios públicos, limitándose a crear las condiciones para garantizar su prestación por las comunidades organizadas y por los particulares que no forman parte de aquéllas.

De allí que más allá de las posiciones ideológicas, sociológicas, económicas y políticas que legítimamente pueden asumir y defender los operadores jurídicos, una detenida lectura de la Carta Política permite apreciar que en ella se reconoce al Congreso la competencia para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, lo que conduce a concluir que si hubiese sido la intención de la Carta Suprema considerar que los servicios públicos constituyen funciones públicas, no hubiese sido necesario efectuar tal distinción con respecto a las leyes que deben regularlos¹¹⁰.

A mayor abundamiento debe tenerse presente, que la Constitución Política le otorga un tratamiento diferenciado a la función pública, que la sitúa dentro de la regulación de la organización del Estado; en tanto que a los servicios públicos, los ubica dentro del marco del régimen económico¹¹¹.

Por otra parte, es evidente que no existe *publicatio praevia* al menos con carácter general de los servicios públicos, es decir, no existe a nivel constitucional una titularidad pública que excluya la participación privada en el ejercicio de la libertad de empresa respecto a los servicios públicos, por el contrario se reconoce la posibilidad de intervención del Estado por mandato de la ley en la prestación de los servicios públicos¹¹² y se reconoce la posibilidad de reservarse los servicios públicos, por razones de soberanía o de interés social, a través de una ley aprobada por el Congreso. En tal caso, se admite la responsabilidad del Estado por acto legislativo lícito, es decir, por la producción de una ley conforme a la Constitución Política, debiendo indemnizarse previa y

¹¹⁰ Al interpretar el artículo 150.23 de la Constitución Política, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia de 2 de mayo de 2007, ha sostenido que “La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía”.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia de 2 de mayo de 2007.

¹¹² Artículo 334 de la Constitución Política.

plenamente a las personas que queden afectadas en el ejercicio de la actividad que lícitamente venían realizando¹¹³.

Lo expuesto evidencia que no existe titularidad pública respecto a los servicios públicos, pues si éstos fueran exclusivamente de la titularidad del Estado, éste no tendría ninguna necesidad de reservárselos, ni de invocar razones de soberanía o de interés social, ni de expedir una ley para asumir la gestión directa y exclusiva con respecto a los particulares.

Es por ello que cabe señalar, que mientras no hayan sido publicados los servicios públicos expresamente mediante una ley, en virtud de razones de soberanía o de interés social, éstos constituyen actividades económicas que realizan los particulares en ejercicio de sus derechos y libertades económicas, pero que se encuentran sujetas a la regulación, control y vigilancia del Estado por estar presente en su gestión un interés general.

Es así como la regulación de segunda generación es aquella que admite la prestación de los servicios públicos en régimen de libertad de empresa, de libre competencia, de concurrencia de la iniciativa empresarial privada y pública, sometidas ambas a la regulación, control y vigilancia del Presidente de la República y de las respectivas comisiones de regulación¹¹⁴.

Consecuencia de lo anterior se puede sostener, que conforme a la Constitución Política y al Derecho comunitario andino, la regulación de segunda generación reconoce la actividad de prestación de los servicios públicos en ejercicio de las libertades económicas, luego de eliminada de manera previa la titularidad exclusiva del Estado. Ello supone que el fundamento de la noción de servicio público se ha trasladado a la necesidad de satisfacción del interés general, interés éste que servirá de causa legitimante para la intervención del Estado como regulador y conducirá al establecimiento de un régimen jurídico concurrente o mixto, donde se interaplican el derecho público y el derecho privado.

V. La distinción constitucional entre los servicios públicos y los servicios públicos domiciliarios

Ha quedado claramente establecido que el análisis del régimen de los servicios públicos no puede ser abordado desde posiciones extremas, como las absolutamente intervencionistas y denegatorias de las libertades económicas o como las plenamente liberales y totalmente inhibitorias de la intervención del Estado, pues ambas posiciones son contrarias a los postulados del Estado social de Derecho reconocidos en la Constitución Política de 1991.

¹¹³ Artículo 365 de la Constitución Política.

¹¹⁴ Sobre este tema se recomienda Ricardo HOYOS DUQUE, Las comisiones de regulación en Colombia. *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. pp. 1403-1419.

Ésta bajo el epígrafe “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, ubicado en el título XII, “Del régimen económico y la hacienda pública”, establece una distinción entre los servicios públicos, que se mencionan de manera general y hace alusión a los servicios públicos domiciliarios, que constituyen una especie de aquéllos, estableciendo los criterios constitucionales que deben ser considerados por el Congreso para expedir las leyes, por el Presidente de la República en sus funciones reguladoras, de determinación de las políticas generales y de las funciones de policía administrativa que ejercen el propio Presidente y que se traducen en las actividades de supervisión, vigilancia y control, que realiza la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las respectivas comisiones de regulación.

La Constitución Política no define en qué consisten los servicios públicos -por no ser ello acorde a una correcta técnica constitucional-, y menos aún define qué son los servicios públicos domiciliarios, sin embargo, establece más elementos para elaborar el concepto de servicios públicos domiciliarios, que para efectuar una definición de servicio público¹¹⁵.

Es así que dentro del sistema de fuentes del derecho, se debe acudir a la ley por ser el acto jurídico que por mandato constitucional debe establecer la regulación de los servicios públicos en general y de los servicios públicos domiciliarios en particular. Al respecto se aprecia que la Ley 142 pretende establecer algunas definiciones:

En primer lugar, se señala que son servicios públicos, todos los servicios y actividades complementarias mencionadas en el artículo 1 de la ley¹¹⁶, es decir, los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural y las actividades complementarias definidas en la misma ley.

En segundo término se establece que los servicios públicos domiciliarios son aquellos servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible¹¹⁷.

En tercer lugar se establece que a los fines del derecho de huelga, se consideran servicios públicos esenciales, todos los servicios públicos mencionados en el referido artículo 1 de la ley¹¹⁸, entiéndanse los servicios públicos domiciliarios.

¹¹⁵ Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos*. Biblioteca Vigente. Bogotá. 1999. p. 38.

¹¹⁶ Artículo 14.20 de la Ley 142.

¹¹⁷ Artículo 14.21 de la Ley 142.

¹¹⁸ Artículos 56 de la Constitución Política y 4 de la Ley 142.

Tal como se puede apreciar, ninguna de las disposiciones que se encuentran en la Ley 142 establecen definiciones sobre los servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios o los servicios públicos esenciales¹¹⁹, éstas se limitan a mencionar de manera enunciativa, los servicios que se consideran públicos a los efectos de la aplicación de dicha ley.

Esto lleva a la búsqueda de la jurisprudencia, a los fines de encontrar alguna posible conceptualización de la institución que se analiza, encontrando que ésta ha señalado que los servicios públicos constituyen los medios a través de los cuales el Estado realiza sus fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, logrando la satisfacción de las necesidades básicas de la población y asegurando un mínimo material para la existencia digna de las personas¹²⁰.

En lo que respecta a la propuesta de definición de los servicios públicos domiciliarios, la jurisprudencia señala que son considerados como tales “aquéllos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”¹²¹.

Luego de efectuada esta definición y partiendo del criterio finalista, señala cuáles son las características relevantes para la determinación de los servicios públicos domiciliarios:

- a) Según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios pueden ser prestados directamente o indirectamente por el Estado, por las comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.
- b) Tienen un punto ‘terminal’ que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, considerando como tales usuarios a las personas que usan ciertos servicios, es decir, quienes disfrutan el uso de cierta cosa.
- c) Están destinados a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto, razón por la cual no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habita persona alguna.

¹¹⁹ La noción de servicio público no ha alcanzado su cenit, por el contrario constituye una idea en constante evolución, hoy en día inacabada. Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Los contratos de obras públicas, concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos en Venezuela. *Revista de Derecho Público 2007-I*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2007. pp. 343-376; en sentido similar se ha señalado que “ni la legislación, de suyo, da una definición uniforme -incluso a veces carece de toda definición- ni la doctrina ha sabido entresacar aquellos elementos comunes a todo cuanto en la profusa legislación administrativa aparece definido o definible como un servicio público”. José Luis VILLAR EZCURRA, *Servicio Público y Técnicas de Conexión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980. p. 73.

¹²⁰ Corte Constitucional, en sentencia T-540, de 1992.

¹²¹ Corte Constitucional, en sentencia T-578, de 1992 y en sentencia C-205 de 1995.

Estos servicios deben tener como finalidad específica, la satisfacción de las necesidades esenciales de las personas, de manera eficiente, continua y con igualdad de oportunidades, con el fin de promover la prosperidad de la comunidad¹²² y ello debe alcanzarse, sin desconocer la irrenunciable competencia del Estado para realizar la función pública de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, con el fin de racionalizar la economía, mejorar la calidad de vida de los habitantes, distribuir equitativamente las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como preservar un medio ambiente sano, garantizando su gestión en presencia de la libertad de empresa y la iniciativa privada en régimen de competencia efectiva.

La aproximación que ha efectuado la jurisprudencia a la noción de servicios públicos como institución jurídica general, establecida en la Constitución Política y diferenciada de la especie de los servicios públicos domiciliarios es imprecisa y además se puede apreciar, que esa noción de servicios públicos domiciliarios es fundamentalmente descriptiva de las características que informan a esta clase de servicios públicos.

Siendo que el constituyente no hizo mención de qué consideraba debía entenderse por servicios públicos domiciliarios, para distinguirlos de los servicios públicos generales, teniendo en cuenta lo precedentemente señalado sobre el sistema constitucional económico, así como la definición formulada por la Corte Constitucional sobre los servicios públicos domiciliarios, se podría afirmar que la Ley 142 no regula a todos estos servicios, pues en la mencionada definición también podrían incluirse los servicios de televisión por suscripción transmitidos a través de ondas hertzianas o por cable, se podría añadir el servicio de Internet o incluso los servicios postales.

En efecto, estos servicios se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas, en principio, tienen como puntos terminales las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Los servicios de televisión por suscripción satisfacen necesidades de información, educación, cultura y entretenimiento; el servicio de Internet, satisface necesidades de comunicación, información, conocimiento, educación, trabajo, salud y negocios; y los servicios postales satisfacen necesidades de comunicación, acceso a instituciones públicas y privadas o de tipo comercial.

Lo dicho podría llevar a dos posibles conclusiones: Una, que según la definición jurisprudencial, la Ley 142 no regula a todos los servicios públicos domiciliarios, u otra, que la definición de tales servicios elaborada por la jurisprudencia no resulta totalmente satisfactoria, para identificar esta categoría de servicios públicos, pues existen otros servicios que presentan las mismas o similares características.

¹²² Corte Constitucional, en sentencia C-242 de 1997.

Lo que interesa destacar no son los aciertos en las definiciones, sino la dificultad que existe para encontrar una noción completa o integral, que comprenda tanto a los servicios públicos generales, como a los servicios públicos domiciliarios en el entendido que constituyen una categoría diferenciada de aquéllos¹²³.

No obstante, debe entenderse que la distinción constitucional entre los servicios públicos no domiciliarios y aquéllos que sí lo son, puede tener implicaciones jurídicas importantes.

Al respecto debe señalarse que los servicios públicos comprenden varias categorías y a riesgo de formular alguna que pueda resultar inconveniente e incluso caprichosa, se plantea la siguiente clasificación únicamente a los efectos de la exposición que se realiza: Una, relacionada con el criterio de las necesidades que deben satisfacer los servicios. Ésta permite ubicar a los servicios que satisfacen necesidades de seguridad pública, como la policía de orden público, el servicio de protección de bienes y personales, los servicios penitenciarios.

Otra que se refiere a las necesidades sociales, entre los que se incluyen los de asistencia a la salud, al adulto mayor o la juventud prolongada, el bienestar social.

Otra referida a las necesidades educativas, como los servicios educativos en sus distintas modalidades, inicial, básica, bachillerato, universitaria, especial, de las artes, militar, religiosa y de adultos.

También se podrían incluir, aquellas que atienden a la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna, pero que tienen un importante contenido económico o comercial, como los servicios de energía (electricidad y gas), telecomunicaciones, agua potable y saneamiento, aseo domiciliario, transporte (terrestre, ferroviario, marítimo y aéreo), postales, entre otros.

En función de lugar donde se prestan, se podrían distinguir entre los servicios públicos no domiciliarios, como el transporte público de personas o de bienes, los servicios funerarios, los servicios de abastecimiento de combustibles; y los servicios públicos domiciliarios que pueden ser clasificados a su vez en generales, como los servicios de televisión por suscripción transmitidos a través de ondas hertzianas o por cable, se podrían incluir el servicio de Internet o los servicios postales; y los servicios públicos domiciliarios especiales como el acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas

¹²³ El vicepresidente del Consejo de Estado francés Pierre Nicolay daba una recomendación sobre la noción de servicio público, sosteniendo “es sabiduría y no modestia, la que ordena abstenerse de definir el servicio público”. Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas. *Servicio Público. Balance & Perspectiva*. Vadell Hermanos. Caracas. 1999. p. 241.

combustible, telefonía fija pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural.

Esta clasificación de los servicios públicos, así como cualquier otra que se realice, lleva a observar que finalmente los servicios públicos se dividen en dos grandes categorías desde la perspectiva económica: Los servicios públicos que únicamente puede realizar el Estado, porque se encuentran involucradas razones que justifican su existencia misma, lo que lleva a una gestión directa y exclusiva por el propio Estado, resultando además que al no ser económicamente rentables, tampoco resultan atractivos para ser asumidos por los particulares en ejercicio de sus libertades económicas.

Los servicios públicos competitivos que son aquéllos que no involucran una función pública, pueden ser gestionados tanto por el Estado de manera directa o indirecta como por los particulares, son económicamente rentables, lo que hace que éstos en ejercicio de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y de la libre competencia asumen el riesgo de gestionarlos, aunque sometidos a la regulación, vigilancia y control del Estado.

Es en esta segunda categoría donde se ubican los servicios públicos domiciliarios, que han adquirido una nueva dimensión en el marco del Estado de garantía de prestaciones, a lo que se dedicará el siguiente subepígrafe.

VI. Hacia la consolidación de los servicios públicos domiciliarios competitivos

Colombia parece haberse deslastrado de la concepción tradicional de los servicios públicos, al menos en los competitivos y luego de la Constitución Política de 1991 ha replanteado su desarrollo con adecuación al modelo económico que reconoce la Constitución, que no es otro que la economía social de mercado¹²⁴.

Es así que la calificación de una actividad como servicio público no predetermina la exclusión de la libertad de empresa, es decir, que el empleo de la expresión servicio público efectuada por la Constitución Política o las leyes, no es en si misma contraria a las libertades económicas, éstas deben convivir con los servicios públicos competitivos, como lo son los servicios públicos domiciliarios.

Lo expuesto permite afirmar, que la declaración de servicios públicos domiciliarios que le otorgan las leyes a determinadas actividades económicas como la energía eléctrica, los hidrocarburos gaseosos, el agua potable y saneamiento, el aseo urbano o algunos servicios de telecomunicaciones, no excluye por si misma la libertad de empresa, la libre competencia, la iniciativa privada o el derecho de propiedad de los particulares, si bien queda implícita la

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007.

posibilidad de regulación en virtud de la función social de la empresa y del derecho de propiedad, esto en ningún caso habilita a la supresión absoluta de dichos derechos y libertades, por ser ello contrario a los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos y libertades públicas reconocidos tanto en los tratados internacionales como en la propia Constitución Política.

Por ello, aún cuando la Constitución señale que determinados servicios públicos pueden ser asegurados por el Estado, debe reconocerse que la atribución de tal competencia en cuanto a su regulación, supervisión y control no constituye a tales servicios públicos en exclusividad de éste y excluyente de la iniciativa privada, en virtud de lo cual resulta perfectamente posible que la ley regule el ejercicio de la libertad de empresa, en la prestación de estos servicios públicos competitivos.

Es por ello que el operador jurídico, sin desconocer la calificación “formal” de servicios públicos mencionada en la Constitución, debe alejarse de la interpretación decimonónica, si se prefiere tradicional de los servicios públicos, conforme a la cual la titularidad en la prestación de los servicios reposa de manera exclusiva en el Estado, excluyendo en principio el ejercicio de cualquier iniciativa privada y en caso que él decida convocar a los particulares para participar en la gestión como colaboradores en la prestación de los servicios públicos, éstos quedan condicionados en la explotación de la actividad, a obtener el otorgamiento de una habilitación administrativa constituida por una concesión temporal, que se convierte en el título para la gestión en régimen de monopolio legal, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación.

En los países que tienen un auténtico Estado social y democrático de Derecho, actualmente se apuesta de manera resuelta porque el ordenamiento jurídico establezca la extinción de la *publicatio praevia* genérica y por ende de los derechos de explotación exclusivos y en régimen de monopolio que ostentaba el operador estatal en la concepción tradicional de los servicios públicos, lo que conduce al reconocimiento de la presencia de varios operadores que ejercerán la libertad de empresa y que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión de la actividad económica denominada “servicios públicos” a los operadores privados, que para explotarla no requieren otro título habilitante que aquél que surge de la propia ley o a lo sumo deberán obtener una habilitación administrativa de autorización reglada y únicamente estarán obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales para garantizar el bienestar general y la mejora de la calidad de vida de las personas, disputándose el mercado entre sí y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de satisfacer tales necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, que deberán soportar y prestar en las condiciones que determine el Estado como regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las

actividades que son claramente disputables, con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal.

En este punto cabe preguntarse ¿Qué importancia tiene entonces la calificación de una actividad como servicio público, cuando se encuentra sometida a un régimen de regulación para la consecución de objetivos de interés general? La relevancia consiste en que la declaración de servicio público -superado el modelo tradicional- viene dada por la presencia del interés general en una actividad económica cualificada y de gran relevancia para la sociedad, interés que exige y justifica la intervención del Poder Público para regularla, ordenarla, controlarla y supervisarla, debiendo explotarse la misma, en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de libre competencia, pero sin desatender la obligación de satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, para que puedan vivir con dignidad y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, en un entorno de cohesión social, solidaridad e igualdad, lo que otorga a dicha obligación una vocación universal y progresiva¹²⁵.

El nuevo Derecho de los servicios públicos competitivos debe ser el reflejo de la evolución histórica –no de una regresión- que ha experimentado el Estado social y democrático de Derecho, que ha transitado de un Estado productor de bienes y prestador de servicios (*Estado prestacional*) hacia la instauración definitiva del Estado regulador (*Estado de garantía de prestaciones*).

Corresponde al operador jurídico afrontar el reto de efectuar el análisis de dicha evolución histórica y tener plena conciencia de la realidad social que le ha correspondido vivir, para contribuir a la construcción del nuevo modelo de regulación para la consecución de objetivos de interés general en la actividad de los servicios públicos domiciliarios, que se ubica en el contexto de la Sociedad del Conocimiento, la Información y la Innovación.

VII. Consideraciones finales

Llegado este momento nace la inquietud por saber, si en el estado actual de la regulación de los servicios públicos domiciliarios ¿se puede avizorar una regulación de tercera generación? La respuesta va a depender de una serie de circunstancias difíciles de predecir en el corto tiempo, únicamente se puede esperar que se vayan produciendo para descubrir los caminos que deberá transitar la regulación en el futuro. En efecto, en la actualidad Colombia se encuentra en una encrucijada donde tiene varios caminos a seguir:

Por una parte, debe cumplir con los compromisos adquiridos a través del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, que exigen un conjunto de reformas importantes en el ordenamiento jurídico.

¹²⁵ Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. p. 346.

Por otro lado, se encuentra la situación incierta de la Comunidad Andina que con la solicitud de reingreso de Chile¹²⁶, la denuncia del Tratado por Venezuela¹²⁷, así como las amenazas de retirarse o de seguir solos, un día de Bolivia y el otro de Ecuador, hacen que resulte muy difícil el funcionamiento institucional de la Comunidad, la adopción de decisiones de manera unánime y en beneficio de todos los países que la integran.

También se encuentran pendientes las negociaciones de la Comunidad Andina con el Mercado Común del Sur, actualmente paralizadas por las múltiples diferencias e interés que tienen los países que integran ambos bloques y así como las negociaciones de la Comunidad Andina con la Unión Europea que avanzan muy lentamente, casi de manera imperceptible.

Finalmente, se encuentran en pleno proceso de desarrollo las cumbres de la Alianza del Pacífico¹²⁸ y las reuniones del Grupo de Alto Nivel y los comités técnicos de de expertos que se han trazado unos objetivos muy concretos en materia económica.

Sin dejar de reconocer que los escenarios internacionales o supranacionales pueden influir en el futuro de la regulación de los servicios públicos domiciliarios, en la actualidad y conforme a lo dispuesto en la Constitución Política se debe esperar que cualquier reforma que se pretenda emprender sea movida por el principio de progresividad, en el sentido de mantener los logros alcanzados y asegurar que conforme al desarrollo social, se garantice la efectiva satisfacción de las necesidades básicas, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, sin menoscabo del ejercicio de la libertad de empresa de los operadores privados, quienes podrán concurrir con los operadores públicos en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

El debate que deberá afrontar la sociedad es para determinar ¿si existe la efectiva necesidad de introducir reformas a la regulación?, de ser afirmativa la respuesta, ¿qué se debe reformar? ¿cuándo es el momento en que se debe

¹²⁶ La Decisión N° 645, de 20 de septiembre de 2006, otorgó a la República de Chile la condición de miembro asociado de la Comunidad Andina y la Decisión N° 666, 8 de junio de 2007, establece las reglas para la participación de Chile en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina, en su condición de país miembro asociado.

¹²⁷ La República de Venezuela denunció el Tratado del Acuerdo de Cartagena, lo que dio inicio a su retiro de la Comunidad Andina a partir del día 22 de abril de 2006 y produjo el Memorando de Entendimiento entre Venezuela y la Comunidad Andina, aprobado en la Decisión N° 641, de 9 de agosto de 2006.

¹²⁸ Esta Alianza en escasos 4 años ha celebrado 8 grandes cumbres, siendo la I en Lima de 28 de abril de 2011, que produjo la Declaración Presidencial fundacional sobre la Alianza del Pacífico; la II en Mérida de 4 de diciembre de 2011; la III virtual por teleconferencia de 5 de marzo de 2012; la IV en Antofagasta de 6 de junio de 2012, en la que se suscribió el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico; la V en Cádiz de 17 de noviembre de 2012; la VI en Santiago de 26 de enero de 2013; la VII en Cali de 23 de mayo de 2013; en la VIII en Cartagena de Indias de 10 de febrero de 2014, en la que se suscribió el Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico; y en la IX en Nayarit de 20 de junio de 2014, en la que se adoptaron los Mandatos presidenciales para el desarrollo de los trabajos de los grupos técnicos.

Aspectos jurídicos de la regulación de los servicios públicos domiciliarios. *Regulación de energía eléctrica y gas: estudio jurídico económico.* (Cop. Luis Ferney Moreno). 1 Colección de Regulación Minera y Energética. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010. ISBN: 978-958-710-635-0

reformar? ¿cómo se debe reformar? ¿para qué se debe reformar?. La respuesta a todas estas inquietudes las deberán encontrar los operadores económicos, técnicos, sociales y políticos, que junto a los operadores jurídicos están llamados a efectuar una interpretación sistemática, armónica de los preceptos constitucionales acordes al Estado social de Derecho en su concepción del Estado de garantía de prestaciones, que permita producir si así lo consideran pertinente, una reforma de la regulación de los servicios públicos domiciliarios, que sea adecuada con la realidad social y cultural del mundo democrático actual.