

Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE¹

INTRODUCCIÓN

En un país que de un tiempo para acá parece haberse resignado a lo efímero y ocasional en materia jurídica, debería sorprender el hecho que pronto se cumplirán diez años de la expedición de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones².

Sin embargo, tras ese dato —y quizás por el tremendo impacto que ha tenido el aumento sostenido de las tarifas en un contexto económico recesivo— se encuentra aún latente la discusión sobre el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios, un debate que no oculta el enfrentamiento entre dos concepciones económicas del Estado: la intervencionista de corte keynesiano y la supuestamente “neoliberal” del esquema adoptado. Sin entrar a terciar en este tema, baste subrayar que el régimen jurídico de los servicios públicos en sus niveles constitucional y legal revela los signos distintivos de un modelo neocapitalista, 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. Así lo puso de relieve recientemente la Sección Tercera del Consejo de Estado al señalar sin ambages que:

A diferencia de los dos derechos colectivos antes tratados (moralidad administrativa y defensa del patrimonio público), *en el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente* no se está frente al desarrollo de una función administrativa en los términos del artículo 209 constitucional, sino de una actividad económica intervenida por el Estado, cuya prestación debida se relaciona directamente con la consecución de sus fines (art. 2.º C. N.).

El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser pres-

tados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

De acuerdo con tales disposiciones se destaca, jurídicamente, que los servicios públicos "son inherentes a la finalidad social del Estado", pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2.º y 366 *ibídem*) y es por ello que su *prestación* comporta la *concreción material* de la cláusula Estado social de Derecho (art. 1.º *ibídem*); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado³ y de la Corte Constitucional⁴, como mecanismo auxiliar en la Administración de Justicia (art. 230).

De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana⁵, con base en expresión foránea, llama *bienes meritorios*, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2.º art. 365 C. N.). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio⁶ (destacado original).

Se trata de un modelo joven en trance de maduración y que —como toda norma de derecho económico— exige un tiempo de consolidación, que le permita obtener los

cambios deseados y de paso valorar sus debilidades para luego sí introducir los eventuales correctivos que se requieran.

Este escenario de debate "ideologizado" ha sido propicio para la explosión de iniciativas legislativas que intentan desvertebrar el esquema y que amenazan con desarticlarlo mediante enmiendas, en ocasiones populistas, que ponen en riesgo la viabilidad de la prestación de los servicios en el mediano plazo.

I. LA INSEGURIDAD NORMATIVA: UNA ENFERMEDAD DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO

En Colombia la "seguridad jurídica" suele identificarse tan sólo con una simple exigencia de cierta estabilidad regulatoria indispensable para que el inversionista pueda adelantar sus negocios⁷, cuando esta categoría jurídica tiene cometidos mucho más ambiciosos. En efecto, la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de "moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho" en términos de LON L. FULLER⁸. Así, mientras en otros países la seguridad jurídica ocupa lugar privilegiado entre sus prescripciones fundamentales —es el caso de España donde está contenida en el título preliminar de la Constitución de 1978⁹— nuestros juristas, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y a partir de una discutible lectura de la cláusula Estado social de Derecho¹⁰, se enfrascaron en un falso dilema: seguridad jurídica *versus* justicia material, que desembocó en la bizantina controversia entre un "nuevo" y un "viejo" derecho que tanto daño le ha hecho a nuestra institucionalidad.

Uno de los enemigos mayores de la seguridad jurídica es sin duda el positivismo exacerbado, esa sobreproducción normativa¹¹ que llevó KIRCHMANN a afirmar: "Un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado"¹². Ese contexto caótico de hiperinflación normativa propicia la explosión de leyes sectoriales que han intentado aniquilar el carácter general y abstracto de la legislación y estimula la expedición de normas ad-hoc¹³, que de paso conlleva la "pulverización de la ley"¹⁴ como bien lo advirtió ZAGREBELSKY. La sobreproducción normativa comporta que el derecho cada día parezca más un *mare magnum* de preceptos que tienen vida efímera¹⁵ y que no tardan en convertirse en "chatarra jurídica", e implica que "el jurista intérprete cede paso al jurista detective, el erudito cede ante el informático avezado"¹⁶.

Parecemos olvidar que la certeza del derecho, que parte de la certeza de las normas, es una de las exigencias previas de toda convivencia pacífica. El ordenamiento jurídico se ha vuelto complejo, intrincado, extenso, minucioso y el operador jurídico en Colombia se enfrenta a un imposible inaudito en otras épocas: el conocimiento del derecho. En esta "babel jurídica" el abogado integral es una especie en vía de extinción: perdido en un laberinto de normas "super-especializadas" no le queda otro remedio que limitarse a detallar el árbol sin poder observar el bosque. Adicionalmente, los cambios bruscos en el sistema normativo se convirtieron en un elemento con el cual coexistimos en detrimento de la "estabilidad del Derecho [...] presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido"¹⁷. Con esta óptica perversa se evalúa la gestión del Congreso de la República según el volumen de iniciativas legis-

lativas tramitadas: No le damos tiempo al derecho a madurar, a consolidarse y por ello es errático y cambiante.

Así mismo, se empieza a imponer una tendencia "modernizante" que privilegia a la Administración en materia legislativa, sobre la base de una supuesta flexibilidad y un pretendido mayor conocimiento técnico. A este respecto el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA denuncia:

La Administración, sin embargo, y este es un hecho de elemental constatación, es un pésimo legislador. La Administración es una organización constituida para el tratamiento de lo inmediato, implicada además en mil gestiones concretas. Le falta esa serenidad de juicio, esa superioridad de posición que se requieren para poder acometer la definición abstracta de un orden justo [...] El estilo normativo de la Administración se polariza por eso en la atención de urgencias inmediatas¹⁸.

En este contexto de inseguridad jurídica, la Ley 142 no ha sido ajena al riesgo latente de cambios¹⁹. Baste señalar que varios expertos reclaman de tiempo atrás una "ley de aguas" o una de "telecomunicaciones" ignorando las ventajas de tener un solo cuerpo normativo; algunos sectores políticos han pretendido capitalizar el descontento general por el incremento en las tarifas proponiendo "congelarlas" por ley; otros intentando "unificar" regímenes han buscado someter a las normas generales los asuntos regulados por la Ley 142: es el caso del proyecto de estatuto del consumidor que se abre paso en las Cámaras²⁰, de los "estatutos antitrámites" que en cada legislatura se someten a discusión del Congreso²¹, de las reformas al estatuto de contratación administrativa²² o de las continuas reestructura-

ciones estatales²³, que por la vía legal o administrativa, han intentado una y otra vez arrebatarse las atribuciones constitucionales en materia de derecho de la competencia asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios...²⁴. Fetichismo legalista que ingenuamente lleva a pensar a los gobiernos de turno que todo lo puede el derecho, cuando la verdad es que como advierte CROZIER "no se cambia la sociedad por decreto"²⁵. Entre nosotros esa enfermedad del Estado de Derecho la llamó MIGUEL ANTONIO CARO "manía epiléptica de reformar"²⁶.

Lo anterior no implica que las normas legales de servicios públicos sean "cláusulas pétreas" o intangibles que no requieren acompañarse a las transformaciones propias de la sociedad colombiana como reglas de comportamiento que son²⁷. Pero es necesario un mínimo de solidez y estabilidad normativa, presupuestos de todo Estado de Derecho.

Con esta perspectiva y en orden a garantizar su coherencia y certidumbre, como advierte el profesor PALACIOS MEJÍA²⁸, el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 ordenó que "... en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria", dispositivo que busca según la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

garantizar la seguridad jurídica tan necesaria en un mercado en formación [...] el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 se encierra a asegurar la existencia de un régimen jurí-

dico único aplicable a los servicios públicos domiciliarios, el cual se preservará como sistema unificado y coherente [...] En ese sentido cuando el artículo 186 se refiere a normas posteriores que tengan vocación de derogar o modificar disposiciones de la Ley 142 de 1994 ha de entenderse que son normas especiales sobre servicios públicos cuya expedición haya tenido como fundamento los artículos 365 a 370 de la Constitución Política.

Tratándose de normas diferentes a servicios públicos, como es el caso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 sobre asuntos territoriales cuyo fundamento es el artículo 293 de la Constitución Política, no se podría deducir prevalencia de la Ley 142 en razón a que el tema de las inhabilidades relacionadas con los alcaldes no es un asunto propio del régimen de los servicios públicos. En suma, la regla del artículo 186 de la Ley 142 de 1994 quiere evitar que por vía de interpretación se presenten derogatorias tácitas, bien sea por normas expedidas al amparo de las disposiciones del capítulo 5, título XII de la C. P., o a través de leyes que aún correspondiendo a estatutos diferentes al de servicios públicos contengan normas que modifiquen o deroguen aspectos propios de dicho régimen²⁹.

En el mismo sentido se pronunció posteriormente el Consejo de Estado al poner de presente que:

del texto del referido artículo 186 se colige que su previsión se dirige a la consagración de normas atañaderas únicamente a un servicio público en sí. De ahí que se haga mención del artículo 84 de la Carta Política frente a *las actividades relacionadas con los servicios públicos* definidos en la ley; y no en relación con otros aspectos³⁰ (destacado original).

II. JUDICIALIZACIÓN DE LA DEFENSA DEL USUARIO: ¿OTRO SÍNTOMA DE LA ENFERMEDAD?

Al hablar de los riesgos del "activismo judicial" sus detractores aluden fundamentalmente al amplio desarrollo jurisprudencial que han tenido los servicios públicos domiciliarios primero a través de la acción de tutela y más recientemente por medio de las acciones populares y de grupo³¹.

En cuanto refiere a la incidencia de la tutela en el sector de los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional ha amparado principalmente los derechos de petición, debido proceso, salud en conexión con la vida e igualdad. A pesar de su carácter eminentemente subsidiario este mecanismo de protección de los derechos fundamentales, que constituye sin duda un importante avance en nuestro constitucionalismo, se ha venido convirtiendo, a golpe de sentencias, en un instrumento que pretende solucionar problemas de asignación de recursos dando lugar a que el juez de tutela desplace a las autoridades constitucionalmente competentes en materia presupuestal. Ante esta situación irregular el profesor PALACIOS MEJÍA, en un completo estudio sobre el tema, concluyó:

... La Corte Constitucional no ha sido consistente en definir las razones y los casos en los cuales una sentencia de tutela puede imponer a una autoridad la construcción de una obra pública. En general, la posibilidad de que un proceso de tutela culmine en una decisión de esa naturaleza, puede dejar de lado ciertos criterios de la Constitución sobre cómo se asignan los recursos presupuestales para el gasto social. Tal tipo de sentencias podrá contribuir no solo a la expansión del gasto público, sino a su asignación ineficiente e ineficaz.

Una sentencia de tutela que ordene construir obras públicas sólo tendría justificación constitucional si, antes de la sentencia, los órganos de elección popular y las autoridades administrativas hubiesen expresado, a través de decisiones presupuestales o contratos, que estaban dadas las circunstancias necesarias para dar efectividad al derecho prestacional que tales obras favorecerían; si no hubiese razón para suponer que tales circunstancias han variado, si hubiese habido omisión de sus deberes por parte de las autoridades que debieron ejecutar las obras; y si respetara la decisión técnica, y el período de maduración del proyecto, que las autoridades pudieran requerir para que la obra fuera eficaz y eficiente.

La práctica de ordenar la construcción de obras para servicios públicos a los municipios, sin asignar alguna responsabilidad a empresarios tales como juntas de acción comunal que ya están administrando los servicios existentes en el territorio de aquellos, y cobrando tarifas por ello, puede crear problemas fiscales adicionales a los municipios³².

No obstante estas críticas, es preciso reconocer que en otros ámbitos la tutela en materia de servicios públicos ha desarrollado un papel importante, es el caso de la protección del derecho de petición frente a particulares y la garantía del debido proceso. Respecto de este último, un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de instrumentos de medición del consumo dejó en claro que en esta materia no existe un régimen de responsabilidad objetiva³³.

Ahora bien, los usuarios de servicios públicos domiciliarios después de la expedición de la Ley 472 de 1998, han encontrado otro mecanismo menos conocido

pero quizás de una incidencia cada vez mayor: las acciones populares y de grupo. A octubre de 2002 el Consejo de Estado había "tramitado 802 acciones populares, de las cuales 74 se han referido al tema de servicios públicos... (y) 73 acciones de grupo, y no se pueden citar, como ocurre con la acción popular, numerosos fallos en materia de servicios públicos"³⁴.

En cuanto a las acciones populares, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en defensa del derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna ha hecho una amplia tarea judicial en materia de acceso y calidad, como señala el profesor JESÚS MARÍA CARRILLO en el primer estudio hecho al respecto:

(la jurisprudencia) [...] ha permitido el acceso a la infraestructura de servicios públicos de acueducto. Igualmente [...] la Corporación ha dotado de infraestructura adecuada a las plantas de purificación de agua potable [...] ha sido utilizada con el fin de corregir procesos de concesión de servicios públicos, por tener en tales procesos interés directo la comunidad y con el fin de prevenir una vulneración a los derechos a la moralidad administrativa, a la protección del patrimonio público y al acceso adecuado y eficiente a los servicios públicos [...] se ha endilgado responsabilidad a las empresas distribuidoras de energía para el adecuado mantenimiento de las redes eléctricas y a su vez para prevenir así un riesgo de desastre por el deterioro de las redes [...] igualmente la referida corporación ha ordenado a las empresas de servicios públicos el cuidado y monitoreo de los cauces de los ríos como afluentes hidroeléctricos [...] defendió las funciones de intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios [...] ha considerado que no

existe vulneración en derechos e intereses colectivos cuando se da un sobrecosto tarifario a raíz de la voladura de torres eléctricas por terrorismo. De lo expuesto podemos considerar que la acción popular puede volverse un mecanismo por excelencia para ventilar de manera debida dentro de un Estado social de derecho los reclamos de la comunidad [...] la acción popular puede y debe convertirse en el mecanismo legal y constitucional para que en muchas ocasiones aparezca el Estado o sus delegados con el fin de permitir un acceso a los servicios públicos; es decir, la acción popular puede ser una herramienta para combatir la pobreza y el subdesarrollo y permitir la presencia del Estado social de Derecho en lugares apartados o con condiciones deficientes de nuestra Nación [...] y además (el Consejo de Estado ha permitido) que la acción popular sea un instrumento mediante el cual se pueda dirimir la calidad de la prestación de un servicio público..."³⁵.

De manera que la recurrente interposición de las acciones constitucionales (tutela, populares, de grupo y de cumplimiento) plantea un interrogante³⁶: ¿cuál es el papel que están cumpliendo las autoridades competentes del sector (municipios, departamentos, nación y en este nivel ministerios, comisiones de regulación y superintendencia principalmente)? Una primera lectura de esta profusión de decisiones judiciales³⁷ podría llevarnos a pensar que algo está fallando en la aplicación del régimen jurídico de los servicios públicos. Al fin de cuentas por definición sólo se recurre ante los estrados judiciales cuando la norma se desobedece. Podría decirse que esta "judicialización" es otro síntoma de la inseguridad jurídica: la falta de eficacia de nuestro ordenamiento jurídico, donde el juez es tan sólo el termómetro que registra la en-

fermad de la Ley. Sin embargo, este inevitable activismo judicial podría, a juicio de algunos expertos, desarticular el modelo y poner en riesgo su viabilidad financiera a mediano plazo.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPPELLETTI, MAURO. *Le pouvoir des juges*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990.
- CARRILLO B., JESÚS MARÍA. "Las acciones populares y de grupo y la protección de los usuarios de los servicios públicos", en AA. VV. *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Gaceta del Congreso* y [www.secretariassenado.gov.co].
- CONSEJO DE ESTADO. Jurisprudencia en [www.ramajudicial.gov.co].
- Constitución Española*, 2.ª ed., Biblioteca de legislación, Serie Menor, Madrid, Civitas, 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia en [www.ramajudicial.gov.co].
- DE OTTO, IGNACIO. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 4.ª reimp., 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 9.ª reimp., 1995.
- IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. "La estabilidad jurídica: impacto en la prestación de los servicios públicos domiciliarios", ponencia en el Tercer Congreso Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios: un compromiso social, Cartagena de Indias, junio de 2001.
- LOCKE, JOHN. Ensayo sobre el gobierno civil, capítulo XII, 143 (trad. castellana de AMAN-DO LÁZARO ROS), Madrid, Edit. Aguilar, 1990, pp. 183 a 184.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des lois*, Paris, Éditions Gallimard, 1995.
- NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- OSPINA MEJÍA, LAURA y GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. "Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en procesos de reestructuración", *Revista Universitas*, n.º 106, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.
- PALMA FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS. "La seguridad jurídica ante la abundancia de normas", *Cuadernos y Debates*, n.º 68, Madrid, CEPC, 1997.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. *La seguridad jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- REINSTEIN, DAVID. "Creo que se está sobre-regulando", *Revista Mundo Eléctrico*, vol. 16, n.º 47, abril-junio de 2002.
- RIVERO, JEAN. "El administrado frente al derecho administrativo", en *Páginas de derecho administrativo libro homenaje* (dir. y coord. LIBARDO RODRÍGUEZ R.), Bogotá, Edit. Temis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *Servicios públicos domiciliarios. Actualidad jurídica*, t. IV, GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, HUGO PACHECO, GUILLERMO OBREGÓN y YEZID ALVARADO (eds. y comps.), Bogotá, Imprenta Nacional, noviembre de 2001.
- VALDERRAMA, MARÍA ELVIRA. "La seguridad jurídica en el sector eléctrico", en AA. VV. *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil*, 4.ª ed., Madrid, Edit. Trotta, 2002.

- 1 Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor de postgrado de Derecho Económico de los servicios públicos en la Pontificia Universidad Javeriana.
- 2 *Diario Oficial* 41.433, 11 de julio de 1994.
- 3 Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2002, exp. AP-968.
- 4 Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992.
- 5 HUGO PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, pp. 4 y ss.
- 6 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, rad. 5001-23-31-000-2003-00020-01, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, actor: JESÚS MARÍA QUEVEDO DÍAZ, ref.: AP-0020.
- 7 Actualmente se tramita el Proyecto de ley 015 de 2003 Senado "por el cual se instaura la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia", presentado por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Comercio, Industria y Turismo, que prevé la suscripción de contratos entre las entidades del Estado y los empresarios de tal manera que se promuevan inversiones nuevas y se afiancen las existentes en el territorio nacional. Mediante estos contratos, las entidades y organismos estatales mencionados en esta ley garantizarán a los inversionistas nacionales y extranjeros que los suscriban que si las normas específicas amparadas en ellos se modifican durante su término de duración causándoles un perjuicio cierto, serán indemnizados.
Así en la exposición de motivos el Gobierno señaló: "... Lo que pretende el Gobierno es que el inversionista tenga la confianza y seguridad de que aquellos incisos, ordinales, literales, párrafos o artículos específicos de leyes o actos administrativos, que sean trascendentales para conformar su decisión de invertir, no le sean modificados en su detrimento.
Lo anterior no implica que el Estado se vea limitado en su capacidad normativa, puesto que esto no sólo sería altamente inconveniente, sino además contrario a la Constitución. La facultad legislativa del Congreso permanece intacta, al igual que la potestad reglamentaria del Ejecutivo y de las Comisiones Nacionales de Regulación.

Los contratos son un compromiso que asume libremente la Nación, representada por el ministro de Hacienda y Crédito Público y el ministro del Ramo, para mitigar las consecuencias de cambios normativos específicos, en las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato. De esta manera la Nación le apuesta plenamente a la estabilidad en las reglas del juego, a la generación de inversión y al desarrollo económico y social.

En la medida en que las inversiones pueden verse afectadas por la inestabilidad de un gran número de normas, los inversionistas que reúnan las características previstas en el Proyecto de Ley, pueden proponer al Gobierno la celebración de un contrato de confianza inversionista sobre cualquier ley o acto administrativo de carácter nacional que sea primordial en su decisión de invertir.

- 8 L. L. FULLER. *La moral del derecho* (trad. cast. F. NAVARRO), México, Trillas, 1967, pp. 43 y ss., citado por ANTONIO-E. PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 290.
- 9 Artículo 9.3: "La constitución garantiza... la seguridad jurídica".
- 10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, proferida justamente con ocasión de una tutela interpuesta para acceder al "derecho al servicio de alcantarillado". La providencia identifica la cláusula estado social de derecho con el estado constitucional y esto la lleva a hablar de una "nueva" división de poderes a partir de la Constitución de 1991 que comportó, a su juicio, el tránsito de un criterio orgánico a uno funcional, cuando a decir verdad en Colombia tenemos estado constitucional desde el mismo momento en que se introdujo el control constitucional en su forma más acabada en 1910 y entre nosotros el criterio orgánico en materia de división de poderes fue introducido en 1936 y abandonado rápidamente en 1945. Esta asimilación igualmente precipitó a la Corte a afirmar que en el Estado social de derecho "el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades del desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso" cuando la doctrina extranjera más autorizada en este tema tiene claro que "El Estado, por consiguiente, no sólo debe omitir todo lo que sea contrario al Derecho, es decir, a la legalidad inspirada en una idea del Derecho, sino que debe

ejercer una acción constante *a través de la legislación y de la administración que realice la idea social del Derecho*" (MANUEL GARCÍA PELAYO. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 9.ª reimp., 1995, p. 56, destacado fuera del texto original). Desde esa misma perspectiva la Corte sostuvo que en el Estado social de Derecho hay una nueva manera de interpretar el derecho que resume así: "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos [...] para favorecer el logro del valor justicia [...] así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica" como si la ley fuera per se injusta y los jueces sólo desde 1991 empezaron a fallar a partir de la 'especificidad de los hechos'. Por fin, el fallo –al citar a CAPPELLETTI– asegura que legislación y decisión judicial en el Estado social "son ambas procesos de creación de derecho", cuando el profesor de Florencia y Stanford se refiere al control constitucional de las leyes –que por lo demás tan sólo se consolidó en Europa luego de la segunda posguerra, esto es, casi cuarenta años después que en Colombia–, además sus reflexiones no están asociadas a la cláusula Estado social de Derecho, pues refieren a la pieza clave de todo sistema jurídico: la hermenéutica, y por ello –luego de una bella comparación con la interpretación de la música culta– el autor concluye: *Interpréter veut dire en vérité pénétrer les pensées, les inspirations, le langage d'autres personnes en vue de les comprendre et- pour le juge comme pour l'exécutant d'une oeuvre musicale- les reproduire, en 'fair application', les 'executer' dans un contexte nouveau et différent de temps et de lieu. Il est évident que toute reproduction ou exécution peut varier profondément, en fonction notamment de la capacité intellectuelle et de l'état d'âme de l'interprète...* (MAURO CAPPELLETTI. *Le pouvoir des juges*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p. 30). Por manera que evidentemente el juez siempre ha creado derecho, ni siquiera en Francia donde MONTESQUIEU quiso reducirlo a ser la boca muda de la ley (*De L'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI: De la Constitution D'Angleterre, Paris, Éditions Gallimard, 1995, pp. 327 y ss.), el juez ha sido un autómatas: allí pretorianamente –luego de entrar en crisis el modelo antijurisprudencia propio de la Revolución Francesa– se construyó la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera similar nuestro Consejo de Esta-

do ha hecho una tarea encomiable en el mismo tema, por citar sólo un ejemplo. Por último, importa advertir que la "libertad del juez" no es absoluta pues de ser así se lesionarían tres presupuestos de todo Estado de Derecho: seguridad jurídica, igualdad y unidad del derecho (IGNACIO DE OTTO. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 4.ª reimp., 1995, p. 290). Esta defensa de la ley contra la eventual "tiranía de los valores" sirve de epílogo a una muy difundida obra de ZAGREBELSKY: "Si el derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático" (ZAGREBELSKY. Ob. cit., p. 153). Por ello frente al abuso de los principios el profesor Alejandro Nieto denuncia: "El mayor inconveniente, con todo, de tales principios no reside en su ambigüedad sino en el abuso de su empleo, hasta tal punto que es constatable la tendencia a disolver en ellos las normas positivas. En la actualidad, el ordenamiento jurídico está formado ya no tanto por normas concretas como por una red de principios generales que actúan como un *deus ex machina* que simplifica la aplicación de las leyes..." (ALEJANDRO NIETO. *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 40).

- 11 Frente a ese panorama desolador signado por la profusión normativa el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA aconseja: "*De multitudo legum, unum ius*, podemos decir conforme a un viejo apotegma. Ese viejo *ius material* es el que los juristas debemos a toda costa procurar mantener intacto y victorioso, sobrenadando, quizás penosamente, pero resueltamente, en el mar normativo incesante al que nuestro tiempo parece habernos totalmente condenado": *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, p. 108.
- 12 J. H. KIRCHMANN. *La jurisprudencia no es ciencia*, (trad. A. TRUYOL y SERRA, Madrid), CEC, 1983, citado por GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, 4.ª ed., Madrid, Edit. Trotta, 2002, pp. 33 y 44.
- 13 ZAGREBELSKY. Ob. cit., p. 37.
- 14 Ídem.
- 15 "Se trata de una nueva forma de despotismo que los antiguos no conocieron [...] sólo la ardua tarea de estar al día en qué partes de las leyes son las que están vigentes es un exasperante ejercicio de paciencia" I. COELLO DE PORTUGAL. "Leyes a go-go", en *Nueva Revista*, n.º 29, abril de 1993, citado por JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ. *La seguridad jurídica ante*

- la abundancia de normas, CEPC, Cuadernos y Debates n.º 68, Madrid, 1997.
- 16 PALMA FERNÁNDEZ. Ob. cit. p. 14.
- 17 ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 34.
- 18 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Madrid, Cuadernos Civitas, 1989, pp. 81 y 82.
- De tiempo atrás el padre del liberalismo filosófico había expresado de manera magistral que: "El poder legislativo es aquel que tiene el derecho de señalar cómo debe emplearse la fuerza de la comunidad política y de los miembros de la misma. No es necesario que el órgano legislativo permanezca siempre en ejercicio; las leyes están destinadas a ser cumplidas de manera ininterrumpida, y tienen vigencia constante; para hacerlas sólo se requiere escaso tiempo. Además, tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas. Ello daría lugar a que eludiesen la obediencia a esas mismas leyes hechas por ellos, o que las redactasen y aplicasen de acuerdo con sus intereses particulares, llegando por ello a que esos intereses fuesen distintos de los del resto de la comunidad, cosa contraria a la finalidad de la sociedad y del gobierno. Por esa razón, en las comunidades políticas bien ordenadas y en que se tiene en cuenta como es debido el bien de la totalidad de quienes la forman, el poder legislativo suele ponerse en manos de varias personas; éstas, debidamente reunidas, tiene por sí mismas, o conjuntamente con otras, el poder de hacer leyes, y una vez promulgadas éstas, se separan los legisladores estando ellos mismos sujetos a ellas. Esto representa para dichos legisladores un motivo suplementario poderoso para que tengan cuidado de conformarlas al bien público" (JOHN LOCKE. *Ensayo sobre el gobierno civil*, capítulo XII, 143, [trad. cast. AMANDO LÁZARO ROS], Madrid, Edit. Aguilar, 1990, pp. 183 a 184).
- 19 No nos referiremos al "riesgo regulatorio" derivado básicamente de una sobre regulación admitida en el año 2002 por el entonces director ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, DAVID REINSTEIN, para quien "si se observa desde afuera, se dirá que la CREG y sus miembros han ganado mucho poder enredando las cosas. Entonces, cuando se llega a esa comple-

jididad, a esa sofisticación [...] se pierde la transparencia, porque no todo el mundo entiende claramente por qué razones se están tomando las decisiones. Entonces, el regulador debería hacer un esfuerzo por ser un poco más asequible al nivel de todo el público, explicar en términos sencillos qué es lo que pasa y mostrar que las decisiones se toman con unos criterios económicos y técnicos básicos y fundamentales, no tan complicados, que a veces ponen en problemas a los mismos entes controladores [...] Yo he tratado que en todas las discusiones que se dan, incluso en ese horizonte a donde queremos llegar, evitemos enfrascarnos en controversias inútiles, en problemitas y en tantas reglas. Nos hace falta una visión más integral de la regulación desde el punto de vista económico...". *Revista Mundo Eléctrico*, vol. 16, n.º 47, abril-junio de 2002, p. 20.

"En el sector eléctrico nos vemos afectados por esta inflación normativa de manera casi abrumadora. No de otra manera se podría explicar que en menos de 10 años se hayan expedido más de 1.000 resoluciones que pretenden regular los aspectos fundamentales del negocio. ¿O cómo entender el caso de resoluciones cuya vida útil no supera seis meses, o bien que son modificadas, revisadas o interpretadas en múltiples ocasiones durante periodos inferiores a un año? Se podría interpretar que la regulación se realiza mediante la mecánica de acierto y error [...] Otra de las dificultades que tenemos que afrontar frente a esta avalancha normativa es el mismo uso del léxico, toda vez que éste es cada día más confuso y que su misma utilización indiscriminada lo hace difuso. Lo cual induce a que exista una mayor posibilidad de generar equivocaciones para el intérprete. Es así como, dentro de nuestra regulación, es fácil encontrar palabras que en diferentes normas cambian de sentido". MARÍA ELVIRA VALDERRAMA. "La seguridad jurídica en el sector eléctrico", en AA. VV. *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 193 y ss.

"... Burocracia, tecnocracia, el proceso es clásico y a veces desmesurado, sea que se refiera a París o a Bruselas. Sin embargo, sigue siendo cierto que muy a menudo el administrador permanece encerrado en su propio universo. No se pregunta si la proliferación de reglamentos que elabora los torna no conocibles por aquellos a quienes afecta. No imagina que el lenguaje que para él es familiar, pueda resultar extraño a los demás. La

- redacción de muchos documentos administrativos lo atestiguan; son incomprensibles para el común de los mortales. Hay una forma de exclusión de la cual no se habla demasiado: la que golpea a todos los que no son capaces de descubrir o de comprender los textos que les confieren derechos, o de cumplir las formalidades necesarias para su eficiencia. Son administrados virtuales que no pueden llegar a ser administrados reales...". JEAN RIVERO. "El administrado frente al derecho administrativo", en *Páginas de derecho administrativo libro homenaje* (dir. y coord. LIBARDO RODRÍGUEZ R.), Bogotá, Edit. Temis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002, pp. 241 a 242.
- 20 Proyecto de ley 081-03: Cámara "Por el cual se expide el estatuto del consumidor y del usuario".
- 21 Proyecto de ley 37-03: Senado "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos".
- 22 Proyectos de ley acumulados 006 y 007 de 2003 y 262 de 2004: Cámara, "Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"; Proyecto de ley 261 de 2003: Cámara, "Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
- 23 Sobre el alcance de las facultades presidenciales en procesos de reestructuración del Estado cfr. LAURA OSPINA MEJÍA y GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. "Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en procesos de reestructuración", *Revista Universitas*, n.º 106, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003.
- 24 Conviene recordar que un proyecto de Acto Legislativo que modificaba radicalmente el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios hace un par de años alcanzó a ser aprobado en la primera vuelta por la Cámara de Representantes.
- 25 M. CROZIER. *No se cambia la sociedad por Decreto*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984: "vivimos una crisis de perturbación mental ante la complejidad de un sistema que ya no dominamos" p. 34: citado por PALMA. Ob. cit., p. 42.
- 26 Sobre la inestabilidad e inseguridad jurídicas en Colombia, cfr. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR. "La estabilidad jurídica: impacto en la prestación de los servicios públicos domiciliarios", ponencia en el Tercer Congreso Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios: un compromiso social, Cartagena de Indias, junio de 2001.
- 27 La Ley 689 de 2001 es un digno ejemplo de cambio racional pues "no se trata de una reforma radical del régimen de los servicios públicos domiciliarios, contenido en la Ley 142 de 1994, como que respeta la racionalidad del modelo y se limita a introducir algunos ajustes de manera ordenada sobre aspectos puntuales de la Ley 142 en beneficio del modelo económico adoptado por la Constitución de 1991 [...] creemos que su principal virtud es garantizar la seguridad jurídica necesaria". DIEGO HUMBERTO CAICEDO ORTIZ, en prólogo a Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. *Servicios públicos domiciliarios. Actualidad jurídica*, t. IV, GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, HUGO PACHECO, GUILLERMO OBREGÓN y YEZID ALVARADO (eds. y comps.), Bogotá, Imprenta Nacional, noviembre de 2001.
- 28 MEJÍA PALACIOS. Ob. cit., pp. 242 y ss.
- 29 Concepto SSPD 200113000000302, en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ob. cit., pp. 176 y ss.
- 30 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de marzo de 2003, exp. 7102, C. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, actor FRANCISCO BORDA.
- 31 Si bien la Ley 142 ha sido objeto de numerosas demandas de inconstitucionalidad la verdad es que su columna vertebral permanece intacta, gracias a la defensa del modelo económico por parte de la Corte Constitucional.
- 32 PALACIOS MEJÍA. Ob. cit., pp. 91 a 152.
- 33 Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2004, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. A juicio de la Corte: "Debe precisarse entonces, que la responsabilidad de tipo objetivo que aplica la empresa de servicios públicos y que coadyuva la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios no está contenida en la ley que regula la materia y que por lo mismo no puede ser creada a partir de interpretaciones por parte de las autoridades llamadas a aplicarla. De esta manera, es claro que la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en materia de servicios públicos domiciliarios desborda las facultades de la empresa prestadora que expide los actos administrativos sancionatorios en esas materias y del órgano

de inspección, vigilancia y control que resuelve los recursos de apelación que se interponen contra dichos actos.

Si el legislador hubiera decidido establecer una responsabilidad de tipo objetivo respecto de la conducta de los usuarios de servicios públicos domiciliarios así lo hubiera hecho, y ello porque debe recordarse que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional razón por la cual la misma debe estar consagrada de forma expresa por el legislador.

Este tipo de responsabilidad donde no se tiene en cuenta la culpabilidad del sujeto afectado con la sanción sino la mera ocurrencia de un hecho no puede surgir de la interpretación de ninguna autoridad diferente al legislador, el cual en la misma, deberá respetar los principios y valores constitucionales que deben irradiar las decisiones de todas las autoridades públicas.

En este orden de ideas, la aplicación de esa especie de presunción de dolo o culpa en cabeza del usuario sin fundamento legal desconoce la garantía a la presunción de inocencia que al estar consagrada en la Carta Política es un mandato ineludible para todos los operadores jurídicos en materia sancionatoria".

- 34 JESÚS MARÍA CARRILLO B. "Las acciones populares y de grupo y la protección de los usuarios de los servicios públicos", en AA. VV. *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 115 y ss.
- 35 Ídem.
- 36 Conviene resaltar que frente al abuso en la utilización de estas acciones constitucionales el Consejo de Estado no ha dudado en sancionar los eventos de temeridad, así lo hizo recientemente en el caso de una acción po-

pular interpuesta contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con ocasión de la toma de posesión de EMCALI, Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de abril de 2004, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, actor WILLIAM MARÍN CIFUENTES, ref.: A. P. 4017. rad.: 760012331000200104017 01.

- 37 En el año 2004 el comportamiento ha sido similar al registrado por el profesor CARRILLO, veamos a manera de ejemplo los siguientes casos: Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de abril de 2004, exp. AP 02440, C. P.: RAFAEL OSTAU DE LAFONT, ordenó al alcalde del municipio de Machetá que en el término de 5 días tome las medidas correspondientes para que el agua suministrada a la población sea potable, que certifique que los procesos de clarificación y clorificación se efectúan de forma separada y que a los tanques de almacenamiento y redes de distribución de agua potable se les haga el mantenimiento periódico correspondiente. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de abril de 2004, exp. AP-00808, C. P.: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ quien determinó que el agua del municipio de Uribia es apta para el consumo humano. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 28 de abril de 2004, C. P.: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, ref.: AP-01804; quien ordena a la Electrificadora de Santander proteger ambiente aledaño a represa construida para producir energía. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 1.º de abril de 2004, exp.: AG-00885, C. P.: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ quien negó la acción por suspensión del servicio de energía en Popayán.