

# Sintomatología en diez puntos del régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios\*

ALBERTO MONTAÑA PLATA

PREMISA: ¿SÓLO EN 10 PUNTOS?

"Balances y perspectivas" de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios a los diez años de expedición del régimen jurídico general de los mismos, debería constituir no uno más de los grandes temas objeto de reflexión en el sector, sino el "tema" único y suficiente para evaluar un conjunto de actividades inmerso en una de las grandes transformaciones económicas introducidas por la Constitución Política de 1991 y desarrollada por la Ley 142 de 1994, que desborda la lógica convencional del mercado por involucrar finalidades sociales del Estado.

La aproximación a esta tarea puede hacerse de distintos modos y con el uso de disciplinas diversas; análisis macroeconómicos, antropológicos, sociológicos de diferente naturaleza pueden arrojar evidentes problemas y demandar soluciones concretas de carácter general y también coyuntural. El impulso de estos estudios debe concretarse y estos deben constituir el instrumento principal (aunque preferiría oficial) para presentar "balances y perspectivas".

Nuestra intención empírica es presentar en pocas líneas algunos de los problemas no de los usuarios, sino de la parte del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios relacionada con los mismos; utilizando para ello la experiencia obtenida a partir de muchas reflexiones, aportaciones e inquietudes de quienes han debido soportar nuestro intento de explicar el "régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios" en las aulas de clase de la Universidad Externado de Colombia.

El desarrollo de análisis económico en materia de usuarios y de calidad de vida, entre otros, constituyen instrumentos serios y oportunos al momento de evaluar las condiciones de los usuarios; no es esta sin embargo nuestra metodología. Usaremos solamente instrumentos de "sentido común" jurídico, para atrevernos a identificar algunos de los síntomas que están detrás de una "enfermedad" que no nos atrevemos a calificar de generalizada, pero sí de común: La inconformidad de los usuarios.

Los remedios a este mal no creemos sean solo de carácter normativo, por su-

puesto que no. Sin embargo, nuestra especialización solamente nos permite prescribir los que tienen esta naturaleza. Mucho hay por hacer en materia de usuarios, tan solo nos aproximamos a una fracción.

Nuestro análisis del régimen jurídico en materia de usuarios de los servicios públicos domiciliarios, arroja muchos problemas de índole normativo, unos grandes, unos pequeños, unos estructurales, unos coyunturales. Por intención de síntesis, por consideración con los oyentes de esta ponencia, pero sobre todo por razones de espacio y tiempo, los limitaremos a diez, quizás no los más importantes ni los más estructurales, pero si nuestros diez favoritos.

#### 1. LA LEY 142 DE 1994 CONSTITUYE UN RÉGIMEN JURÍDICO INCOMPLETO EN ATENCIÓN A UN MANDATO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de Colombia establece que el régimen jurídico de los servicios públicos en general, y consecuentemente de los servicios públicos domiciliarios le corresponde hacerlo al legislador (art. 365 constitucional); este ha cumplido este mandato con la expedición de la Ley 142 de 1994.

La Constitución Política establece también, que corresponde a la ley la elaboración de un "Régimen de protección de los servicios públicos" en general (art. 369 constitucional) y consecuentemente de los servicios públicos domiciliarios; este mandato no ha sido cumplido.

El constituyente fue consciente que un cambio tan radical en la prestación de los servicios públicos como el desarrollado, traía como consecuencia una situación de desventaja para los usuarios y consecuente con ello ordenó la expedición de un régi-

men de protección. Insistimos en el carácter imperativo y no potestativo de esta prescripción constitucional y en el consecuente incumplimiento que se ha dado a esta.

La expedición de un régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios sin un régimen de protección que lo acompañe, constituye consecuentemente un panorama normativo incompleto del sector, en absoluto inspirado en consideraciones subjetivas o ideológicas, sino constitucionales.

El denominado "Estatuto de protección de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios" (Dcto. 1842/1991) es en primer lugar un acto administrativo sin fuerza de ley; en segundo lugar es ilógico y absurdo en la medida en que fue expedido sin el conocimiento siquiera de cuales eran los servicios públicos domiciliarios ya que es anterior a la Ley 142 de 1994; en tercer lugar contiene una parte técnica no atinente a los usuarios; en cuarto lugar la parte pertinente en buena medida fue desarrollada por la Ley 142 de 1994 y; en quinto y último lugar la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha invitado a las empresas a no aplicarlo<sup>1</sup>.

Por su parte no compartimos la idea de que pueda considerarse cumplido el mandato constitucional referente al "régimen de protección" con algunos apartes de la ley 142 de 1994, ya que estos de manera alguna pueden ser considerados como "régimen" y constituyen unas normas aisladas y principalmente procedimentales sobre la materia<sup>2</sup>.

#### 2. LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS EN MATERIA DE USUARIOS SON INSUFICIENTES, DISPERSOS Y PROCESALES

A la inexistencia de un régimen de protección a los usuarios de los servicios públicos

domiciliarios manifiesta en el numeral anterior, se le adiciona la presencia de normas aplicables a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios como el Estatuto de protección al consumidor (Dcto. 3466/1982) y algunas manifestaciones regulatorias sobre el tema<sup>3</sup>.

Esto implica un panorama de dispersión normativa que se traduce en serios problemas para los usuarios quienes encontrarán evidentes dificultades al intentar identificar las normas sustantivas pertinentes para su situación<sup>4</sup>, diferentes procedimientos para perseguir la atención a su insatisfacción<sup>5</sup> y la concurrencia de distintos entes de control con funciones en materia de usuarios<sup>6</sup>.

De manera específica y con aplicación predominante la Ley 142 de 1994, presenta un panorama de protección a los usuarios con escasísimas prescripciones sustantivas y materiales<sup>7</sup> y con un esquema de reclamos de los usuarios frente a las empresas y al organismo de control como eje central de la "defensa de los usuarios en sede de la empresa"<sup>8</sup>.

### 3. EL ROL DE LA REGULACIÓN ES INCIERTO FRENTE A LA DEMANDA DE SOLUCIONES TÉCNICAS Y PREVISIVAS DE EFECTOS ECONÓMICOS ADVERSOS

La reserva legal contenida en el artículo 369 constitucional en materia del "régimen de protección de los usuarios de los servicios públicos", constituye un serio obstáculo tratándose de la identificación de un sustento constitucional y legal de la procedencia de la regulación en materia de protección de usuarios.

El conocimiento técnico del ente regulador constituye la razón principal para identificar sus manifestaciones normativas

como instrumentos idóneos en la tarea de intervenir normativamente el sector protegiendo, es decir los usuarios. La capacidad de evaluar los efectos económicos de su intervención normativa, así como de conocer aspectos precisos del servicio que regulan, son razones suficientes para concebir la oportunidad de la regulación pro-usuario con un amplio sentido económico y técnico en estricto sentido.

La creación legal de las Comisiones de Regulación con un nexo inequívoco con las funciones presidenciales contenidas en el artículo 370 constitucional, constituye otro impedimento en la medida en que cualquier regulación debe concebirse en el marco de "políticas generales de control y eficiencia".

Si bien este último aspecto pareciera haber sido analizado de manera restringida por nuestra Corte Constitucional<sup>9</sup>, en momentos recientes pareciera abrirse una compuerta hacia una interpretación más amplia que no cuestiona la posibilidad de que la ley atribuya específicas funciones a los entes reguladores y en el marco de la concepción de la regulación como un instrumento de intervención económica, le reconoce una gran función social acorde con los mandatos constitucionales<sup>10</sup>.

### 4. LA CATEGORÍA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS AFECTA A LOS USUARIOS

Un primer aspecto de naturaleza legal que debe ser considerado en nuestra materia, es la procedencia y la pertinencia de la categoría de servicios públicos domiciliarios que ha desarrollado la legislación colombiana. Los servicios públicos domiciliarios como categoría novedosa introducida por la Constitución Política, tuvo una inspira-

ción fundada principalmente en la calidad de vida y el desarrollo social relacionados con aquellos servicios públicos que llegan hasta el domicilio.

De manera independiente a los cuestionamientos que puede suscitar esta afirmación principalmente con ocasión de trascendentales servicios públicos que no llegan hasta el domicilio, el desarrollo legal de los mismos tuvo varias consecuencias y una de ellas es sin duda la afectación del domicilio en razón de la prestación de estos servicios.

La solidaridad existente entre propietarios, poseedores y tenedores de un inmueble en materia de pagos de los servicios públicos domiciliarios originada en su consideración de partes del contrato (art. 130 Ley 142 de 1994 modificado por el art. 18 Ley 689 de 2001), puede concebirse a primera vista como un instrumento de protección a los arrendatarios en detrimento del status del propietario del inmueble.

Sin embargo, el único beneficiado de esta prescripción y realidad de la categoría de servicios públicos domiciliarios, es el prestador de los mismos, quién encuentra en la garantía real su principal punto de referencia tratándose de la exigibilidad del pago. El propietario en calidad de usuario dada por la ley, termina afectado por el incumplimiento de otro usuario (tenedor) y el único favorecido es el prestador de los servicios públicos domiciliarios.

La sensibilidad de este tema ha sido evidente y ha ocasionado interpretaciones jurisprudenciales y desarrollos legales como los contenidos en la reciente ley de arrendamiento, dirigidos a desradicalizar una posición jurídica en la que quién afronta toda la carga de la afectación del dominio es naturalmente el propietario (usuario).

## 5. LA NATURALEZA CONTRACTUAL PRESTADOR-USUARIO NO ES CLARA CON OCASIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La lógica "reglamentaria" que caracterizaba la relación prestador-usuario en un panorama constitucional y legal como el que teníamos con anterioridad, caracterizado por la prestación única del Estado de los servicios públicos de manera directa o indirecta, ha sido superada por una lógica contractual, que no es fruto de una consideración teórica y tanto menos ideológica, sino de una realidad caracterizada por la connotación económica que los servicios públicos adquieren en un panorama liberalizado.

La intervención normativa dirigida a proteger el status de los usuarios es una necesidad y una mandato constitucional como lo mencionábamos antes, sin embargo, esta no puede perder su norte y pretender desconocer la importancia y rol protagónico del contrato tratándose del análisis jurídico de la relación prestador- usuario.

La producción normativa con una orientación única consistente en la imposición de gravámenes, cargas, deberes y específicas obligaciones a las empresas, puede vislumbrarse con una amplia percepción social, pero puede desconocer, y aquí radica el riesgo, un panorama (constitucional) caracterizado por la libertad económica y libre competencia entendidos como garantías empresariales pero también para los usuarios.

Esta percepción sobre una posible equivocación de la tendencia normativa, no se deriva de un concreto análisis jurídico positivo, ya que como antes lo anunciábamos, poco o nada es lo que existe sobre la materia, solamente es fruto de una preocupación

derivada de la calidad de espectador del debate político sobre esta.

#### 6. LA ATENCIÓN NO ESTÁ CENTRADA EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

En los 10 años de desarrollo de la ley en materia de usuarios, se ha centrado la atención en el tema de procedimientos de reclamación ante las empresas y ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conocidos como PQRs.

Esta tendencia la entendemos a partir del raciocinio contenido en el numeral anterior y de los rasgos "administrativistas" que han caracterizado habitualmente el sector. Sin embargo han producido una despreocupación por la parte central del tema prestador-usuario, es decir la naturaleza contractual de esta relación.

En un panorama constitucional como en el que se insertan los servicios públicos domiciliarios, el objeto fundamental de intervención del Estado debe ser el contrato de servicios públicos. Creemos sin embargo que es justamente este aspecto el que contiene mayores problemas técnicos de redacción e interpretación de la ley.

La inexistencia de efectivos controles previos y *a posteriori* sobre los contratos que unilateralmente establecen las empresas, la anti-técnica presentación de hipótesis de presunción de abuso de posición dominante sin consecuencias efectivas, la necesidad de una revisión judicial (jurisdicción contencioso administrativa) para la obtención de una efectiva exclusión de una cláusula abusiva, son algunos de los problemas que consideramos los más trascendentales en materia de usuarios.

Resulta urgente una revisión de la normatividad sobre la materia de modo que

no exista timidez por parte del Estado tratándose de intervenir para proteger a los usuarios, sin que esto signifique traumatismos económicos que indiscutiblemente se traducen también en problemas para los usuarios.

#### 7. LA OBSESIÓN POR LA CONNOTACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE LOS USUARIOS

Los desarrollos jurisprudenciales en materia del derecho fundamental de petición y la oportunidad del mismo frente a particulares, apuntan hacia su procedencia cuando quiera que se verifiquen servicios públicos; en este orden de ideas no debería existir discusión alguna en la viabilidad de presentar derechos de petición a los distintos prestadores de los servicios públicos domiciliarios.

Esta consideración, sin embargo, no resulta del todo pacífica cuando quiera que se confronta con una determinación legal clara y contundente, consistente en la aplicación de un régimen de derecho privado a los actos de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios (art. 32). En hora buena, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha contribuido a la consideración de un régimen jurídico administrativo para algunos actos de las empresas relacionados con los usuarios<sup>11</sup>.

Sin duda alguna la Ley 142 de 1994 introduce una especie de "vía gubernativa" tratándose de los procedimientos de PQRs<sup>12</sup>; esta sin embargo, no es una vía gubernativa convencional, ni es la vía gubernativa del Código Contencioso Administrativo; el hecho de que se apliquen algunas normas de este estatuto<sup>13</sup> y su lógica indiscutible se encuadre principalmente en consideracio-

nes de derecho público, no puede implicar un desconocimiento de la lógica empresarial, que en el marco de una actividad inmersa en las reglas del mercado, debe también atender y propiciar mecanismos empresariales de autorregulación que pueden traducirse en mejores condiciones para los usuarios<sup>14</sup>.

Se debe superar una mentalidad comprensible y propia de un esquema anterior de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, consistente en la consideración de que la "administrativización" del procedimiento de reclamación de los usuarios frente a las empresas constituye en sí misma una garantía para los usuarios. Existen bondades en el procedimiento administrativo común del Código Contencioso Administrativo, pero también obstáculos que hacen excesivamente formal e impiden la creatividad e impulso de soluciones empresariales plenamente coherentes con un esquema de mercado abierto y competencia.

#### 8. LA INEFICACIA DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS COMPORTA UNA JUDICIALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE LOS USUARIOS

La eficacia de un esquema de protección a los usuarios apoyado en un procedimiento de reclamación en sede de la empresa, complementado con otro frente al organismo de control y vigilancia, es bastante cuestionable, sin necesidad de recurrir a estudios sobre la materia, sino simplemente conformándose con la apreciación subjetiva de algunos usuarios.

Un procedimiento de reclamación, formal, lento, sin profundidad, muchas veces sin resultados, sin soluciones específicas a los usuarios ya que se centra en la eventual

sanción al prestador de los servicios, hace que se demanden cambios de fondo, así como la consideración de mecanismos alternativos y de autorregulación capaces de atender efectivamente requerimientos y problemas concretos de los usuarios.

Principalmente la orientación del procedimiento hacia la sanción del prestador y no a la solución específica de problemas de los usuarios, hace que en términos abstractos la solución efectiva de los problemas fuerce a los usuarios a adelantar acciones judiciales de diversa naturaleza para obtener solución a sus problemas.

Los jueces pueden ordenar la eliminación de cláusulas contractuales abusivas, pueden identificar efectivos daños, de naturaleza contractual y extracontractual, los jueces pueden imponer condenas e indemnizaciones a favor de los usuarios. Estas decisiones no pueden concebirse en instancias administrativas y consecuentemente fuerzan a que se dirija la atención a la actividad judicial.

Esta confianza en el juez es importante, pero en términos prácticos se traduce en tiempos y costos demasiado altos que desmotivan las intenciones de los usuarios y consecuentemente fuerzan a una sensación de conformismo frente a la violación de sus derechos e insatisfacción de sus intereses. No en vano la acción popular e inclusive la de grupo se constituyen cada vez más en la salvación de los usuarios insertos en un esquema en que los controles administrativos ofrecen escasa eficacia.

#### 9. EL ESQUEMA JURÍDICO NO PROMUEVE LA AUTORREGULACIÓN

El escaso "régimen" jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, tie-

ne una marcada tendencia represiva de los prestadores y muy poca tendencia preventiva y creadora de incentivos dirigidos a perseguir una mejor y efectiva atención a los usuarios.

Nos encontramos frente a un régimen incapaz de atender el centro de la relación prestador-usuario que es el contrato e incapaz de prevenir eventuales consideraciones abusivas en este; nos encontramos en un régimen que por centrar su preocupación en los instrumentos procedimentales y procesales de los usuarios para reclamar, no solo desatiende la capacidad empresarial de producir formulas para proteger a sus clientes, sino que no crea incentivos para que esto sea posible.

La autorregulación es un instrumento de vital importancia para el desarrollo de relaciones mas justas entre prestadores y usuarios y la imperfección del mercado tratándose del sector no es excusa para no atender su impulso. La represión debe ser la *ultima ratio* pero si se inserta en un esquema de incentivos en el marco de una competencia abierta y de flujos de información entre los usuarios, prestadores, controladores y reguladores capaces de promover desarrollos autoregulatorios.

#### 10. LA MULTIPLICIDAD DE FUNCIONES DEL ENTE CONTROLADOR DESNATURALIZA SU NORTE DE PROTECCIÓN A LOS USUARIOS

El régimen colombiano de los servicios públicos domiciliarios ha optado por una división orgánica de funciones de regulación y de control. El órgano de control, es decir la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios se inserta en una lógica de función de policía administrativa,

donde su rol de promotor, investigador y sancionador no puede extenderse a la capacidad de producir normas de protección a los usuarios.

Controlar una actividad económica que al mismo tiempo tiene una amplia dimensión social y se identifica con los fines del Estado, demanda una filosofía y una lógica propias; la protección a los usuarios es sin lugar a dudas la médula de una actividad que debe ser cuidadosa y tímida al momento de afectar el curso corriente empresarial por los eventuales impactos económicos negativos que esto puede causar.

La multiplicidad de funciones atribuida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por la Ley 142 de 1994 y aumentada con la reforma introducida con la Ley 689 de 2001, no es en absoluto coherente con la filosofía y lógica señaladas. Nos encontramos no solo frente a una excesiva atribución de funciones, sino también frente a una evidente heterogeneidad de las mismas, que indiscutiblemente se traducen en una pérdida de norte del ejercicio de funciones del ente controlador, es decir en desatención a los efectivos requerimientos de los usuarios.

\* Ponencia presentada por el autor al Congreso "Balances y perspectivas de los servicios públicos domiciliarios", septiembre de 2004. El presente escrito no es un artículo científico, solamente un conjunto desordenado de reflexiones orientadas a presentar algunas aportaciones en la tarea de hacer "balances y perspectivas" a los diez años de expedición de la Ley 142 de 1994.

1. Concepto n.º 20001300000269 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De manera independiente al evidente carácter anti-técnico e insuficiente del Decreto 1842 de 1991, no consideramos apropiada esta circular de la SSPD, por la existencia previa de efectivas decisiones estas sí vinculantes del Consejo de Estado, que

- dejan con fuerza jurídica al Decreto siempre que no existan desarrollos normativos superiores y posteriores. La lectura dada al fallo Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 9 de noviembre de 2000, C. P.: ROBERTO MEDINA LOPEZ, es bastante extraña y no se ajusta a la verdad el entendimiento de que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha dispuesto su falta de vigencia.
2. El capítulo VII del título VIII de la Ley 142 de 1994 sobre "Defensa de los usuarios en sede de la empresa" y una tímida enunciación sustantiva de derechos de los usuarios contenida en el artículo 9.º son las principales disposiciones sobre el argumento.
  3. Por sus alcances y calificación técnica vale la pena llamar la atención sobre la Resolución 489 de 2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.
  4. Tanto en la Ley 142 de 1994, como en el Decreto 3466 de 1982, el contenido normativo principal se ocupa de procedimientos de reclamación.
  5. Ídem.
  6. En los dos procedimientos referidos por ejemplo aparecen las Superintendencias de servicios públicos domiciliarios y la de Industria y Comercio. Existen normas también de atención a usuarios de la Procuraduría general de la Nación y de las Personerías municipales y Distritales.
  7. Quizás la única o cuando menos la más evidente está contenida en el artículo 9.º.
  8. Capítulo VII del título VIII Ley 142 de 1994.
  9. Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. Cfr. ALBERTO MONTAÑA. "Manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios", revista *Contexto*, n.º 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
  10. Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA. Cfr. "Los servicios públicos domiciliarios como instrumento del Estado social de Derecho. Análisis Jurisprudencial", en *Anuario de jurisprudencia constitucional*. (En prensa).
  11. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto S-701 de 1997, C. P.: CARLOS BETANCOUR JARAMILLO.
  12. Capítulo VII del título VIII de la Ley 142 de 1994.
  13. Como oportunamente sucede en materia de notificaciones (art. 159 Ley 142/1994).
  14. Este creemos es justamente el espíritu de la ley, perceptible claramente en el artículo 152.