

Actuaciones administrativas de defensa del usuario en la Ley de Servicios Públicos Dominciliarios

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Esta es una aproximación a la discusión que no ha perdido actualidad, que todavía sigue vigente y que desafortunadamente no ha sido entendida por parte de muchos operadores en cuanto existe irremediamente un componente importante dentro del régimen de los servicios públicos que se rige por las normas del derecho administrativo. Esta problemática corresponde no solamente a un desarrollo directo de las normas de la ley de servicios públicos: leyes 142 y 143 de 1994 y sus modificaciones, sino también a los trabajos reiterados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en el sentido de que no nos encontramos, en cuanto al régimen de los servicios públicos, frente a un sistema jurídico estrictamente inspirado en normas del derecho privado sino que por el contrario estamos frente a un régimen jurídico de carácter mixto, donde se conjugan disposiciones evidentemente sustraídas del derecho privado, especialmente del derecho comercial, con disposiciones radicalmente inspiradas en el derecho administrativo, tendientes fundamentalmente a la protección de una parte que la jurisprudencia siempre ha considerado débil, como es el usuario.

Bajo ese presupuesto, que implica todo un debate ideológico sobre el alcance de la normatividad de servicios públicos, se ha desarrollado en nuestro sistema el concepto sobre la exigencia de procedimientos sustentados en el derecho administrativo.

El punto de partida está claramente definido en la legislación y en la jurisprudencia, y es que el legislador colombiano, quiérase o no por los interpretes de la Ley 142 de 1994, no fue dogmático, no adoptó un sistema radicalmente inspirado en el derecho privado, sino que por el contrario, diseñó un mecanismo a través del cual necesariamente, tanto autoridades como empresa deberían tener en cuenta que la ley estaba doblemente estructurada.

Se fundamentaban las disposiciones de derecho privado evidentemente porque el diseño es de abrir las puertas, romper con el criterio de la prestación del servicio público a cargo del Estado, todo en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 333 y 334 de la misma Carta Política; es decir, todo un sistema inspirado en una economía de mercado, en la posibilidad que el particular asuma las responsabilidades que históricamente ve-

nían asumidas en Colombia por los prestadores oficiales de servicios públicos, romper con ese criterio, darle un golpe a toda esa estructura tradicional de derecho público con que se inspiraba la prestación de los servicios públicos en Colombia.

Cuando se lee la Ley 142 de 1994 se encuentra que eso fue lo que quiso el legislador, estimular esa participación del privado, tanto así que desde el punto de vista jurídico, cuando analizamos los artículos 30 y siguientes de la ley referida, se encuentran unas disposiciones muy claras en el sentido que el régimen de los contratos y de los actos unilaterales de las empresas, se inspiran irremediamente en el derecho privado, en la economía de mercado y los principios que rigen esa economía.

También se deduce de la lectura de esas normas, que el legislador no quiso realizar un matrimonio normativo con el derecho privado, sino que dejó de manera excepcional las puertas abiertas para que en determinados eventos, tanto en materia de negocios jurídicos, contratos, actos unilaterales, se aplicaran en ciertos casos las normas del derecho público colombiano; para el caso de los contratos, disposiciones de la Ley 80 de 1993 e igualmente la competencia de los jueces ordinarios por regla general. No obstante, toda la controversia que se ha formado en el país a partir de desfiguraciones jurisprudenciales donde se llevan esos contratos a conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y por otro lado, en tratándose de decisiones unilaterales la irremediable vocación del legislador de plantear hipótesis en las cuales la actividad de las empresas de servicios públicos se regían por las normas del derecho administrativo, lo que implica la aplicación de las normas procedimentales establecidas en el código

contencioso administrativo, en aquellos eventos, y así se deduce de la ley y lo señala la jurisprudencia, que el operador actúe en cumplimiento de funciones públicas administrativas, lo que nos lleva a plantear que no en todos los casos las empresas prestadoras de servicios públicos actúan como autoridades, actúan en ejercicio de función pública administrativa, en ciertos eventos perfectamente deducidos de los textos legales.

Para esos casos, cuando excepcionalmente actúan ejerciendo función pública administrativa, se ha entendido que son autoridades administrativas, por lo que les corresponde aplicar, para todo tipo de actuación que realicen bajo ese contexto, las normas del derecho público colombiano. Esas normas que serían básicamente normas de carácter procedimental, establecidas en el Código Contencioso Administrativo.

Esa es la situación actual de nuestra legislación, lo que nos lleva a sacar una primera conclusión parcial, que los operadores en materia de servicios públicos son autoridades administrativas, este es un planteamiento general de la ley. De igual forma en el régimen disciplinario, donde se establece un régimen específico cuando se trate del cumplimiento de funciones administrativas, como lo aclarado la Corte Constitucional, se puede concluir que nuestro sistema se ha venido consolidando como un sistema mixto, que aquellos discursos neoliberales y absolutos dogmáticos según los cuales el régimen de los servicios públicos es absolutamente inspirado en el derecho comercial y que la actividad de los operadores no puede romper los marcos del derecho privado en cuanto son personas que no cumplen funciones administrativas, no es cierto en nuestro ordenamiento, y por el contra-

rio, la insistencia de la jurisprudencia es que estamos frente a un régimen mixto.

Un segundo aspecto respecto de los procedimientos es que el derecho público, tal y como está diseñado en las leyes 142 y 143 de 1994, no se agota de manera excepcional solo frente a las empresas. El problema de la aplicación de los procedimientos administrativos y del derecho público administrativo a la actividad de servicios públicos va mucho más allá, por lo que se deben llevar esos procedimientos a otros contextos. ¿Cuál es ese contexto? El contexto de las relaciones entre autoridades y empresas, autoridades como las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, porque la actividad de esas entidades es esencialmente actividad pública administrativa y cada vez que actúan, irremediamente tendrán que aplicar los procedimientos administrativos establecidos en las normas generales en concordancia con las disposiciones específicas establecidas en las leyes 142 y 143 de 1994.

En cuanto a la aplicación de derecho público, se afirma que para las empresas es una actividad excepcional, y para el caso de las autoridades vinculadas a los servicios públicos es una regla general irrefutable, cuando están realizando actividades de control, reguladoras o las demás funciones que el legislador les ha asignado, por ejemplo a las Comisiones de Regulación que deben cumplir los procedimientos y los marcos de actuaciones administrativas definidas por el legislador, entramos en un campo muy importante que es de las garantías que se deben brindar por parte de quienes deban garantizar esos procedimientos administrativos, en el caso de las empresas, en las relaciones básicamente empresa-

usuario y en el caso de las autoridades (Comisiones de Regulación-Superintendencia) en su relación con las empresas o con los usuarios cuando excepcionalmente deban tener ese tipo de relación.

El tema del debido proceso, las implicaciones que tiene, el alcance que debe tener en un momento determinado cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, claramente establecido en la sentencia de tutela T-270 de 2004 de la Corte Constitucional, que si bien es cierto se produce a partir de unas situaciones irregulares en materia de prestación de servicio de energía, de todas maneras los planteamientos que hace la Corte son planteamientos generales y que permiten visualizar, como lo plantea la sentencia, unas profundas irregularidades en el entendimiento, en el alcance de los procedimientos administrativos en este caso, por parte de las autoridades que están incursas o el carácter de autoridad que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos.

En otras providencias, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de las autoridades ordinarias y normales, en donde se podrían incorporar las Comisiones y la Superintendencia, donde es irrefutable, no hay discusión y se debe entender que deben garantizar el debido proceso, darle la debida aplicación al artículo 29 de la Constitución Política, mirar cada uno de sus elementos, garantizar el derecho de defensa, de audiencia, controversia, la posibilidad de practicar y controvertir pruebas, la posibilidad de interponer recursos, la posibilidad que tienen todas las personas para que se les resuelva oportunamente las solicitudes que hayan presentado a las autoridades, sobre el punto hay una enorme claridad tratándose de las autoridades normales; luego,

el problema que se advierte en la legislación colombiana y en la dinámica de la ley de los servicios públicos en Colombia durante estos diez años, ha sido el de entender por parte de los otros sujetos que también tienen responsabilidades en materia administrativa, como son las empresas de servicios públicos, los operadores de servicios públicos, quienes tienen esa relación cotidiana con el usuario final, que es quien recibe el servicio público; de garantizar en caso de conflictos el debido proceso.

En la sentencia T-270 de 2004, de manera general lo primero que se observa es que en Colombia en estos diez años no ha habido claridad por parte de estos operadores excepcionales del derecho público de lo que es el procedimiento administrativo y de lo que son las garantías que deben brindar, que han actuado permanentemente sumidos bajo la creencia de que son operadores regidos por el derecho privado, lo que hace la Corte Constitucional es recordarles que tienen una responsabilidad directa con la población, con el usuario final y que frente a ese usuario final hay que darle las mismas garantías que esa empresa tendría en el caso en que se presentara un conflicto con una de las autoridades, es muy común encontrar en los documentos, y en los recursos que se presentan ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que las empresas reclamen que se les proteja el debido proceso e impugnan por violación del debido proceso, pero cuando se trata de la defensa del usuario, de garantizarle al usuario los derechos que la misma Ley 142 de 1994 le establece, ahí sí se les olvida lo que hace esta sentencia es recordarles que existen estos derechos y que el usuario es una parte débil y sobre eso existe una tendencia jurisprudencial muy interesante, inclu-

sive no de la Corte Constitucional sino del Consejo de Estado, por ejemplo la sentencia SU-701 de 1997 cuando definió muchos temas de actos y contratos donde insiste que hay que leer la Ley 142 de 1994 no bajo el concepto estrictamente privatista, sino también bajo el concepto de que hay relaciones de derecho público en cuanto existen usuarios de por medio y que esas relaciones implican garantizar procedimientos y esto implica dar las garantías del debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, en esa sentencia el Consejo de Estado se tomó la molestia de recordarle a los operadores cuáles eran los derechos que tenía el usuario en la relación de servicios públicos en Colombia, el Consejo de Estado no desconoce que la relación con los usuarios tiene una doble naturaleza: una relación contractual y una relación estatutaria, contractual porque la ley define que la relación entre empresas y usuarios se da a través de un contrato de prestación de servicios o mal llamado contrato de condiciones uniformes, pero también nos dice que cuando se toman decisiones unilaterales por parte de las empresas respecto de esos usuarios, seguramente debidamente fundamentados en el contrato de prestación de servicios, de todas maneras esa actividad unilateral se deriva de que esa empresa está actuando como autoridad, es decir, reemplazando teóricamente a supuestas autoridades públicas, esto porque la ley les está dando esa facultad, y que por lo tanto en esos casos debe garantizarse plenamente el debido proceso. Ahora el problema está en la complejidad que tiene la relación usuario-empresa, porque no estamos hablando de una relación simple frente a un caso concreto sino de una relación compleja en la medida en que la

empresa tiene que atender grandes volúmenes de población seguramente con una gran cantidad de conflictos, el problema está en como instrumentar esos mecanismos para no violarles los derechos a esos usuarios en un momento determinado. Aspecto sobre el que la Corte Constitucional no se compromete, pero que es importante analizarlo porque tiene consecuencias económicas frente a las empresas, de todas maneras es un deber y una obligación no actuar arbitrariamente, no tomar decisiones como por ejemplo, las que tomaron para el control de los medidores en materia de energía eléctrica en el caso de la sentencia T-270 de 2004, donde la Corte Constitucional es muy ilustrativa y muestra las diferentes irregularidades que se venían dando por la empresa correspondiente, pero en el momento de hacer el planteamiento la Corte Constitucional no va más allá, lo que desconcierta. Qué implicaciones tiene desde el punto de vista práctico:

1. Un alto nivel de cultura de derecho público por parte de las entidades que prestan los servicios públicos.

2. Un debido y correcto análisis previo para efecto de la redacción de los contratos de condiciones uniformes donde se establezcan realmente los mecanismos para la debida defensa de los usuarios en el caso de conflicto con la empresa.

3. Una concepción debidamente estructurada por las empresas en cuanto se refiere a los aspectos que comprendería el debido proceso, porque si bien es cierto que tenemos el artículo 29 de la Constitución Política, el Código de Comercio, de esas normas no aparece legalmente un texto que nos diga cuáles serían esos derechos y esas garantías que se derivan del debido proceso, ese trabajo se ha venido haciendo en

Colombia a partir de la jurisprudencia y de la doctrina que nos lleva a decir exactamente como podría materializarse una relación fundamentada en el respeto debido proceso, o sea que las empresas tendrían que partir de una realidad, que se observa en la sentencia T-270 de 2004, y es que es una constante, que las empresas cuando actúan de una manera oficiosa nunca inician la relación de actuación administrativa debidamente, no cumplen con el deber de comunicar la existencia de una irregularidad para que la persona se defienda, que eso en el Código Contencioso Administrativo para nosotros es elemental, artículo 28 del CCA –primera obligación: dar a conocer que se tiene unos elementos para iniciar una investigación, –segunda: posibilidad de defensa, de decretar pruebas, darle una elemental aplicación a los artículos 105 y siguientes de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 34 del CCA, –tercera: posibilidad de controversia de las pruebas aportadas al proceso. Es raro encontrar empresas que realmente le brinden a la persona interesada instancias en las cuales puedan controvertir aquellos conceptos o pruebas que técnicamente se han aportado al expediente.

4. Inexistencia de expediente, materialmente es imposible muchas veces para el usuario encontrar una documentación organizada como lo establece el artículo 29 del CCA.

5. No práctica de las pruebas de conformidad con el Código de Procedimiento Civil como insiste la Ley 142 de 1994 que debe hacerse y como expone la jurisprudencia permanente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la legalidad probatoria en toda actuación administrativa debe ser la misma establecida en el Código

de Procedimiento Civil, la constante es la inexistencia de esas actuaciones; en fin, hay toda una serie de elementos y por eso insisto que debe haber una cultura de derecho público por parte de las empresas para entender según estos pronunciamientos, que se están volviendo permanentes, como la sentencia de tutela referida, que están invitando a que estos operadores excepcionales del derecho público se metan de lleno en lo que han sido los desarrollos del derecho público en materia de procedimientos para entender el debido procedimiento.

6. Tal como está estructurado el sistema de las actuaciones administrativas en Colombia, si hacemos un análisis de ese sistema frente a la Ley 142 de 1994 vamos a encontrar unas situaciones muy particulares en cuanto a silencio administrativo positivo, normas de procedimiento con regulación especial, lo cual estaría excepcionando los mismos temas establecidos en el Código Contencioso Administrativo, habría que hacer entonces un trabajo de integración para armar el procedimiento, aspecto que se puede hacer básicamente en los contratos de condiciones uniformes, y creo que el esfuerzo hay que hacerlo allí porque es donde lograrían integrar por vía de remisión lo que sería el régimen garantístico que está llamando la Corte Constitucional para defender las relaciones de los usuarios con las empresas, es el trabajo diría más importante en el tema de los procedimientos.

El tema de los procedimientos y la influencia del derecho público y la aplicación estricta del derecho administrativo tiene enormes consecuencias en el caso de las empresas de servicios públicos, donde un análisis de lo que han sido estos diez años nos muestra que hay problemas y dificultades, y es que no solamente en estos capítu-

los indicados aparecen disposiciones sobre procedimientos administrativos, ya que si hacemos un balance de la Ley 142 de 1994 en cuanto a procedimientos administrativos vamos a encontrar que hay una gran cantidad de procedimientos administrativos regulados en la ley, lo que afianza nuestra tesis de que estamos frente a una ley mixta, por ejemplo:

1. Procedimiento o actuación administrativa especial en materia de servicios públicos, que es el procedimiento general que se puede armar entre Código Contencioso y Ley 142 de 1994 a partir de los artículos 105 y 152.

2. Procedimiento o actuación administrativa especial tendiente a la expropiación o gravamen con servidumbres, si se mira el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 se da cuenta que se excepcionan otro tipo de actuaciones administrativas, entre esas la expropiación.

3. Procedimiento o actuación administrativa especial en materia de servicios públicos tendiente a la toma de posesión de empresas de servicios públicos.

4. Procedimiento o actuación administrativa especial en materia de servicios públicos sobre fórmulas tarifarias, esto en la relación de empresas con Comisión de Regulación.

5. Procedimiento o actuación administrativa especial en materia de servicios públicos tendiente a la defensa de los usuarios.

6. Procedimiento o actuación administrativa especial en materia de servicios públicos de la Superintendencia de Industria y Comercio en conflictos de competencia e imposición de sanciones, ha habido toda una discusión, pero encontramos funciones por parte de este órgano con el fin de cumplir con estos propósitos.

Esos temas son básicos y fundamentales y los saca del debate de lo que es estrictamente la competencia, de lo que es la aplicación del derecho privado, el cumplimiento de ciertas actividades típicas de un operador y que nos lleva a un marco de aplicación del derecho administrativo indiscutible; este tipo de discusiones no se vienen dando básicamente en servicios públicos, es una discusión permanente en diferentes áreas, por ejemplo en materia urbanística en la articulación entre Código Contencioso y Ley 388 de 1997, Código Contencioso y Decreto 1052 de 1998 para efecto de licencias o para la imposición de sanciones. En Colombia, por ejemplo para la imposición de sanciones a las empresas y a los usuarios tenemos también procedimiento administrativo sancionatorio, ya

que no sólo son procedimientos administrativos para garantizar derechos sino también para imponer sanciones en materia de servicios públicos, medio ambiente, minera, es decir, no es un tema que pretendamos incluirlo en la Ley 142 de 1994 por cuestiones ideológicas, sino que es una presencia irremediable de nuestro Estado de derecho con el fin de dar garantías suficientes, de crear un ámbito suficientemente claro y transparente. En este caso entre quien ejerce el poder y el particular, en el caso de servicios públicos quien ejerce el poder sería excepcionalmente las empresas de servicios públicos y los usuarios que como bien lo dice la sentencia T-270 de 2004 no son sujetos que pagan servicios sino que son personas con derechos y esos derechos tienen que ser respetados por las empresas.

