

Los servicios públicos en Colombia:

"El difícil equilibrio entre privatización y Estado social de derecho".

En Colombia, desde la década de los años ochenta, se inició un importante proceso de descentralización. No obstante, en la actualidad nos encontramos con un estado central todavía de un tamaño excesivo, y aún asumiendo muchas de las funciones que se pretendía ejercieran las entidades territoriales. Por otro lado, tenemos aún una gran debilidad institucional en el nivel local y departamental. Las administraciones territoriales no se han fortalecido suficientemente, de tal manera que se combina allí inexperiencia y corrupción. Ante esta realidad, el estado central sigue desempeñando un papel de redentor, sin que se haya destacado ni por su eficiencia, ni por su pulcritud. Recientemente, por ejemplo, se dieron a conocer a la opinión pública dos escándalos de dimensiones importantes: la corrupción en Caprecom y la corrupción en el Inurbe.

Colombia vive así bajo una égida centralista ineficiente y corrupta que no cede espacio a las entidades territoriales; y por otro lado, con entidades territoriales que no asumen su función para recabar del restringido marco constitucional los espacios jurídicos y políticos que les corresponden. A esta precariedad de la gestión local contribuye la falta de una cultura política ciudadana, de ser madura, debería ejercer

un importante control social para exigir de su gobernantes los máximos grados de eficiencia y eficacia, a la vez que denunciar cualquier brote de corrupción.

El proceso de descentralización también se ha visto frenado por la grave situación de orden público que atraviesa el país. Realmente la situación de violencia no sólo constituye un factor centralizante en términos de desarrollo jurídico de nuestras instituciones, sino que además impide cualquier gestión razonable de la cosa pública, en términos de lograr mayor desarrollo social y económico.

Este es el precario balance que de la descentralización, como una de las técnicas del neoliberalismo, podemos hacer en Colombia. Analicemos ahora el tema específico de los servicios públicos y de su privatización dentro del contexto jurídico y de las políticas públicas en nuestro país, no sin antes recordar, como ya se indicó en su momento que, si bien es cierto la prestación de servicio es descentralizada y le corresponde por regla general al municipio, las instituciones de control y de regulación tienden a centralizar el sistema. Así las cosas, si con descentralización territorial y privatización los organismos de financiación internacional, fundados en lógicas neoliberales, pretenden reducir el tamaño del Estado central, en

Colombia dicho fenómeno no logra concretarse suficientemente.

LOS TRES NIVELES DE ADMINISTRACIÓN ESTATAL Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

De la panorámica anterior interesa destacar que a la luz de nuestro régimen constitucional se concibe al municipio como el responsable directo de la prestación del servicio, lo que necesariamente no implica que la responsabilidad se concrete en la ejecución directa. El departamento, por su parte, debe coordinar, complementar la función municipal, servir de intermediario entre la nación y el municipio, de tal manera que sólo por vía de excepción le corresponde la responsabilidad directa en la prestación del servicio.

Específicamente en materia de servicios públicos domiciliarios, el artículo 367 constitucional atribuye a los municipios la responsabilidad en la prestación de éstos. El departamento despliega el mismo papel que ya se indicó, con relación a los servicios públicos en general. En este sentido los servicios públicos domiciliarios no constituyen una excepción al régimen general.

El artículo citado dispone: «Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas de los servicios y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación».

El esquema se completa cuando el artículo 370 de la Constitución coloca en cabeza del presidente de la República la determinación de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esto lo debe hacer en todo caso con sujeción a la ley.

Corresponde también al presidente de la República ejercer control, inspección y vigilancia respecto de las entidades prestadoras de los servicios públicos, pero por medio de la respectiva Superintendencia. Así las cosas el control y las políticas en este ámbito son asuntos que conciernen al nivel nacional, lo que implica indudablemente una centralización del sistema.

Al respecto se ha comentado: «Los municipios tienden a perder autonomía, aunque no pierden su responsabilidad en cuanto a la prestación de los servicios públicos, por las siguientes razones:

«Primero, la regla general obligatoria viene a ser la privatización y lo excepcional la prestación estatal del servicio; la prestación directa de los servicios públicos, que podría ser una decisión autónoma del municipio (ciudadanía y autoridades locales), está supeditada a que primero se haya ofrecido este espacio a las empresas de servicios públicos (artículo 6º, 6.1 y 6.2). En el proyecto inicial (artículo 5º) se limita a un período de tres años la etapa de transición para pasar de lo estatal a lo empresarial.

«Segundo, por cuanto la protección velada al sector privado en las ESP le transfiere el control y la regulación a la Nación, comisiones de regulación (capítulo III, título V), al tiempo que centraliza las decisiones de la Superintendencia de servicios públicos [...] Finalmente la libertad de empresa y la libre competencia dejan sin una real capacidad de intervención al municipio.

«En tercer lugar, se da cabida a la implantación de empresas supra-municipales [...] que abarquen la prestación de uno o varios servicios públicos, particularmente, en aquellas localidades sometidas a procesos acelerados de metropolización, como en el caso del eje del valle del Cauca, la sabana de Bogotá y su área circundante[...]

«Además de los efectos políticos ya comentados, la capacidad de decisión autónoma de los municipios en la gestión de los servicios públicos se disminuye substancialmente, ya que ésta corresponde de manera compartida a la Nación y a las ESP...» Estas son algunas de las consideraciones de Poveda Gómez al comentar el proyecto de ley de servicios públicos¹

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: PRINCIPALES INNOVACIONES EN NUESTRO NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Régimen constitucional

En la Constitución de 1991 aparecen las bases para lo que han de ser los servicios públicos en Colombia. En primer término a éstos se les considera como inherentes a la función social del Estado-artículo 365-. No olvidemos que al tenor del artículo 1º constitucional, Colombia se erige como un Estado social de derecho. A este respecto no está de más recordar que: «Es central en el constitucionalismo liberal la defensa de la sociedad frente al Estado; ésta se autorregula, es presuntamente natural y resiste a la interferencia de las administraciones o del parlamento. En el Estado social, por el contrario, se encomia a la acción estatal para transformar la sociedad».

Con el Estado social se legitima el intervencionismo del Estado en la economía para sustraer al mercado de la mano invisible -que lejos de imponer el equilibrio natural creó grandes diferencias sociales y económicas-, con el fin de proteger a los menos favorecidos, de erigir y garantizar los derechos sociales.

De ahí que en el artículo 366 se disponga: «El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son

finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

«Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación».

La ley a la que se refiere la Constitución también tiene la obligación de realizar los parámetros del Estado social de derecho, pues al fijar el régimen tarifario deberá tener en cuenta no sólo criterios de costos, sino de solidaridad y redistribución de ingresos (artículo 367 inciso 1); la misma ley determinará los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (artículo 369).

Sin embargo, en el mismo capítulo constitucional que venimos analizando, donde el Estado social de derecho parece ser el valor central, cuya preservación y ensanchamiento no admite discusión alguna, se presenta una ruptura en relación al *cómo*. La intervención estatal, instrumento tradicionalmente utilizado para garantizar ese valor, ahora se circunscribe tan sólo a la obligación del Estado de garantizar la prestación eficiente de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, así como de fijar el régimen jurídico a que estarán sometidos -esto por medio de ley-, pero en ningún momento se le impone el deber de asumir directamente la prestación de dichos servicios. En efecto, éstos podrán ser prestados por el Estado directamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, la asunción directa por parte del Estado constituye una excepción a la regla general que inspira el siste-

ma, tal y como ya se indicó en el numeral anterior.

Otra paradoja: si tradicionalmente la intervención estatal surge para reconducir el mercado y contrarrestar los efectos perversos de la mano invisible, fundamento del capitalismo salvaje, ahora la intervención surge, por el contrario, para garantizar que nada perturbe a aquella mano invisible, que las condiciones del mercado se mantengan en condiciones ideales, de tal manera que sea precisamente la libre competencia la que garantice tarifas razonables a la vez que calidad del servicio.

Si los teóricos del Estado y de la economía solían abordar los conceptos y modelos del Estado social de derecho, por un lado, y del Estado neoliberal, por el otro, como antagónicos e irreconciliables, es precisamente en el ámbito de los servicios públicos donde el neoliberalismo se pone al servicio del Estado social, supuestamente para hacer realidad sus valores centrales. Y digo "supuestamente" porque aún es muy prematuro adelantar conclusiones sobre la idoneidad del método.

El esquema planteado en nuestra Constitución privilegia la privatización, induce a la reducción del tamaño de las administraciones locales y adopta la técnica de la libre competencia, todo ello inherente a la lógica del Estado neoliberal, pero con la finalidad indiscutible de hacer realidad la cobertura del servicio, la razonabilidad de los costos y la calidad del servicio, incluso para los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Estado social y neoliberalismo en las leyes 142 y 143 de 1994

Las leyes 142 y 143 de 1994 se refieren específicamente a los servicios públicos domiciliarios, es decir aquéllos que se

reciben en el lugar de habitación de cada usuario. En Colombia pertenecen a esa categoría los de acueducto, alcantarillado, aseo o recolección de desechos sólidos, telefonía pública conmutada local y los de energía, electricidad y gas domiciliario.

Mediante las citadas leyes, se procede a reglamentar los servicios antes indicados y se inspiran en principios y técnicas muy similares. En efecto, se orientan a estimular la participación del particular en la prestación del servicio público; por lo tanto no hay lugar a dar una habilitación especial para el efecto; el acceso a la prestación del servicio es libre, pero obviamente cumpliendo una serie de requisitos, no sólo establecidos en las leyes que se vienen analizando, sino también en la ley 80 de 1993, o estatuto contractual.

Por su parte, el Estado asume la responsabilidad de conservar las condiciones del mercado en términos de libre competencia, para que, como ya se indicó antes, la calidad y el costo del servicio sean regulados en función de las condiciones del mercado. Las leyes en estudio repudian los monopolios, de ahí las sanciones que respecto de estas prácticas están allí previstas pues, como es bien sabido, tergiversan las condiciones del mercado y la libre competencia.

En cuanto al régimen tarifario se opta por la eliminación de los así llamados subsidios cruzados, pues un sistema de este orden afecta la libre competencia; pero como se trata de un Estado social de derecho, se crean los fondos de solidaridad y la distribución de subsidios orientados a beneficiar a los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Pareciera que se trata de un sistema orientado a disminuir el tamaño de las administraciones nacionales, departamentales y

municipales, pero sin sacrificar los sectores menos favorecidos de la sociedad. Así se pretende lograr eficiencia, eficacia y mejoramiento de las necesidades insatisfechas. La nación y las entidades territoriales siguen siendo responsables, en todo caso, de la realización del Estado social de derecho.

A este respecto ha sentado la Corte Constitucional: «Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales (artículo 2 constitucional). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el de servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros[...]. La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin trauma para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas ...»³

Los servicios públicos y el derecho administrativo

En el capítulo 5 del título XII de la Constitución colombiana de 1991, "Del régimen económico y de la hacienda pública", se sientan las bases de lo que han de ser los servicios públicos en Colombia, como una de las manifestaciones y concreciones del Estado social de derecho, tal y como se ha venido explicando.

En este sentido, la concepción de nuestro constituyente se mantiene fiel a los orígenes de la teoría del servicio público, profundamente ligada a los criterios de solidaridad e interés general, como hubo

de concebirla Leon Duguit, y que caracterizó al derecho francés a constituirse en la base de la legitimación de la acción estatal, sustituyendo el concepto de soberanía de raigambre e inspiración genuinamente autoritaria. En realidad, el concepto de servicio público revoluciona, desde el punto de vista de la teoría del Estado, y más concretamente, desde el punto de vista del derecho administrativo, la relación administración-administrado.

Sobre el concepto de derecho público, ha dicho el iusadministrativista Jaime Orlando Santofimio: «... Dentre de estos amplios, y eventualmente abstractos linderos, se estructura la noción que, en un sentido general, podemos conceptualizar operativamente como toda actividad de los sujetos u órganos públicos o privados, tendiente a la realización de las necesidades de interés general»⁴.

A este respecto debemos tener en cuenta que tradicionalmente y «en sentido estricto, en la aplicación del concepto a la administración pública, ésta es considerada como la gestora, organizadora, ejecutora y responsable del funcionamiento de los servicios públicos a través de las personas e instrumentos puestos a su disposición, de donde se concluye debía ser necesariamente el régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestataria de los servicios públicos. De ahí que Jeze los considerara '...la piedra angular del derecho administrativo francés...'⁵.

De lo anterior, deriva como conclusión lógica e ineludible que todo el régimen de los servicios públicos debe ser un régimen de derecho público o que, siempre que se trate de la prestación de un servicio público, el derecho que allí se aplique será público, de tal manera que la noción de servicio público es aquella que fija la frontera entre lo público y lo privado.

Así mismo, es a partir del concepto de servicio público y más concretamente a partir de la noción de falta o falla, que se estructura toda la responsabilidad de Estado. Se trata de un régimen jurídico que encuentra su primer antecedente en el año de 1855, como consecuencia de un error o falta del servicio postal en Francia; a partir de entonces se fue estructurando a partir de criterios específicos, hasta que se enarbola la bandera de la independencia frente al derecho privado con el famoso *Arrêt Blanc* de 1873. Desde ese momento hasta nuestros días se desarrolló, básicamente por vía jurisprudencia), no sólo en Francia sino también en Colombia, toda una teoría de la responsabilidad del Estado, fundada en criterios de responsabilidad objetiva, incluso de responsabilidad sin actuación ilegítima-por ruptura del equilibrio de las cargas que ordinariamente tienen que soportar los ciudadanos, etc.- Todo esto envolvía una tutela especial para el ciudadano siempre que se viera afectado por una actuación de la administración, legítima o no, en desarrollo de un servicio público.

Dentro de una lógica iuspublicista, también se desarrolló todo el sistema de la contratación estatal, con características específicas.

Sin embargo, ante la nueva concepción constitucional de los servicios públicos y por sobre todo en virtud del desarrollo legal en este ámbito, ellos dejan de ser el criterio determinante para individualizar la frontera entre lo público y lo privado. Su posición central y casi exclusiva cede espacio para convertirse en un medio más de lograr los cometidos estatales, sin que en ningún momento se imponga la preservación del monopolio del servicio público por parte de la administración. Por el contrario, lo que allí se establece, en la Constitu-

ción, son las bases para que el Estado abandone definitivamente la prestación directa.

De lo anterior resulta entonces que el servicio público, si bien es uno de los instrumentos para la realización del Estado social, no constituye ya criterio para identificar el ámbito de acción del derecho administrativo.

Así las cosas, la promulgación de la ley 142 de 1994, como de la ley 143 del mismo año, lleva ínsita una de las rupturas más importantes de que ha sido objeto el derecho administrativo en nuestro país.

Es precisamente en esos cuerpos normativos donde se supera la relación derecho público-servicio público; esto, porque los operadores del servicio público se rigen por el derecho común -artículo 32 de la ley 142 de 1994-, no obstante que los operadores sean entidades públicas, lo que es apenas coherente con un sistema que pretende garantizar las condiciones de la libre competencia. De no cobijar bajo tal régimen incluso a las empresas públicas, éstas se verían sometidas a una objetiva situación de inequidad en el mercado.

A este respecto conviene transcribir el artículo 32 de la ley, donde se lee: «Salvo en cuanto la Constitución política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la Constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por la reglas de derecho privado.

«La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

«Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empre-

sa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad las acciones y los derechos inherentes a ellas, todos los actos que la Ley y los estatutos permiten a los socios particulares».

Privatización de la relación usuario del servicio y empresa prestadora

Por otro lado, en tanto que los contratos celebrados entre las empresas y las entidades territoriales se rigen por la ley 80 de 1993 y se someten a la jurisdicción contencioso administrativa (ver artículo 31 de la ley 142 de 1994), salvo que se hubiese pactado cláusula compromisoria, por el contrario, se establece un régimen contractual de derecho común para regir la relación entre las empresas y los usuarios del servicio. A este respecto conviene hacer algunas consideraciones y sembrar una voz de alarma, pues si bien es cierto la privatización de los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos, así estén constituidas en su gran mayoría por capital público, responde finalmente a la lógica de que empresa que no sea eficaz y eficiente en términos de mercado ha de desaparecer, aquí frente al usuario la problemática es distinta.

Sea lo primero recordar la gran franja de la población colombiana que vive en condiciones socioeconómicas precarias y que a la vez carece de una cultura cívica en virtud de la cual haga exigibles sus derechos. Prueba de esto es la debilidad, incluso en términos de número, de las asociaciones de protección al consumidor. Así las cosas, no parece conveniente que el Estado abandone esta esfera concerniente a la relación empresa-usuario del servicio, como si éste

fuese un cliente más. No está de más recordar que en cuanto a las acciones populares y de clase, los proyectos de ley han sido remitidos al presidente de la República, pero su sanción aún no ha acaecido, motivo por el cual el usuario del servicio cuenta con muy pocos instrumentos de protección. Generalmente viene equiparado a la condición de cliente y sólo cuando la mala calidad del servicio o la ausencia total de éste afecta sus derechos constitucionales fundamentales es que se puede optar por la acción de tutela que, dicho sea de paso, no está prevista para la protección de intereses colectivos ni para subsanar la ineficiencia de la administración o del prestador del servicio. Esta situación ha contribuido a desvirtuar la acción de tutela, ante la ausencia de otros instrumentos de protección.

Para preservar al usuario del servicio, parece oportuna la sentencia del Consejo de Estado, proferida por la sala plena el 23 de septiembre de 1997 con ponencia del magistrado Betancurt Jaramillo (expediente 701). El asunto hacía referencia a una demanda contractual interpuesta por el señor Diego Giralda Londoño en contra de la Empresa Telehuila y relacionada con un problema de suministro. El Tribunal, en primera instancia, decretó la nulidad por falta de jurisdicción, decisión que fue ratificada luego mediante la sentencia en estudio. Interesa destacar de dicho pronunciamiento el análisis que allí se hace del artículo 75 de la ley 80 de 1993, donde se establece cuál es el juez competente en relación con los contratos estatales, para llegar a concluir que en el caso *sub iudice* no se trataba de un contrato estatal al tenor de lo dispuesto por el artículo 31 de la ley de servicios públicos; se analiza en la misma providencia el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos en el sentido

de que éstas están prevalentemente sometidas al derecho privado pero, y ésta la precisión que al menos desde el punto de vista de la equidad y de la protección al usuario parece pertinente, el contrato celebrado entre la empresa prestadora de servicio y el usuario es en realidad mixto, toda vez que no se encuentra sometido de manera exclusiva y excluyente a la autonomía de la voluntad, sino que también se rige por unos aspectos reglamentarios predefinidos; es así como el artículo 32 de la ley de servicios públicos debe ser interpretado de manera sistemática con otras normas que facultan a la empresa prestadora de servicios públicos a ejercer funciones inherentes a la función estatal, y en esta medida los actos que se profieran en ejercicio de esas funciones, como la negativa a contratar, la suspensión del servicio, etc., están sometidos a los recursos de ley y son susceptibles de ser apelados ante la Superintendencia de Servicios Públicos, superior funcional de la empresa prestadora. Esos mismos actos son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Concretamente, se rigen por el derecho público los actos proferidos por las empresas al tenor de los artículos 33, 56, 57, 116, 117, 118 de la ley 142 de 1994. Se rigen por el derecho privado los actos previstos en el artículo 39 de la misma ley, salvo el contenido en el numeral 1°.

Este fallo tiene un contenido garantista, al redefinir la naturaleza de contrato consensual que la ley de servicios públicos quería otorgar a la relación entre la empresa prestadora y el usuario, partiendo de una ficticia presunción de igualdad entre las partes. Al respecto, cabe recordar que el artículo 128 de la ley de servicios públicos domiciliarios dispone:

«Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servi-

cios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

«Hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicio público aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

«Los contratos con quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta ley.

«Las comisiones de regulación podrán señalar por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporalmente o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores».

La verdad es que estamos lejos de un contrato sinalagmático; se trata de un contrato de adhesión donde no se pueden desconocer las desigualdades entre las partes, como sucede en materia laboral.

El reconocer el carácter mixto del contrato implica que el usuario goza de la garantía procedimental para preservar sus derechos al interponer los recursos que ordinariamente se predicen de la vía gubernativa. La actuación arbitraria de la empresa prestadora del servicio queda así excluida, al tener ésta que circunscribirse

a los parámetros de la legalidad como cualquier autoridad en un estado de derecho.

La falla o falta del servicio

Sucede que uno de los ámbitos de nuestro derecho más desarrollado en términos de protección de todos los habitantes de Colombia en su vida, honra y bienes, se había estructurado a partir de la creación y evolución permanente de la teoría de la falla o falta del servicio como fundamento de la responsabilidad del Estado. Pues bien, a partir de la promulgación de la ley 142 de 1994, así como de la 143, en realidad toda esta elaboración doctrinaria se ve circunscrita a los parámetros legales que establecen lo siguiente:

El artículo 136 de la ley de servicios públicos define la falla del servicio como el incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio público.

Cuando esta situación se presente, el usuario tendrá derecho, según el artículo 137, a que no se le haga cobro alguno por concepto distinto del consumo o de la adquisición de bienes o servicios efectivamente recibidos, esto si la falla ocurre continuamente dentro de un término de quince días, o de facturación o, en el caso de recolección de residuos, si la frecuencia ha sido inferior al 50% de la prevista en el contrato. En cuanto a la indemnización de perjuicios se tasa como sigue: en ningún caso será inferior al costo de un día de servicio por cada día en que el servicio haya fallado total o parcialmente, más el valor de las multas o sanciones en que el usuario haya incurrido por la falla del servicio, más los gastos que tuvo que sufragar para suplir el servicio. La indemnización no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito.

Cabe preguntarse qué sucede con el daño emergente causado por la falla del servi-

cio, como por ejemplo la suspensión del fluido eléctrico que causa la muerte a una persona que está en la clínica, o la grave enfermedad contagiosa producida por la errada operación del relleno sanitario y el consecuente desastre ecológico que ello origine, o la destrucción de un equipo producida por la inundación de un establecimiento como consecuencia de la inadecuada operación de las aguas residuales. Y el lucro cesante, ¿tampoco será indemnizado? La ley 142 de 1994 establece una especie de tabla que hace mucho más gravosa la situación para el usuario cuando resulta víctima de la falla o falta del servicio, que cuando la responsabilidad se regía por los parámetros fijados jurisprudencialmente, que incluso ha llegado a admitir la responsabilidad del Estado por el hecho terrorista. Obviamente se trata de disposiciones que estimulan la inversión en este sector.

Pero toda vez que el artículo 11.9 de la ley 142 establece la responsabilidad civil de los prestadores del servicio, y a la luz de nuestro derecho privado todo el que cause un daño debe pagar (artículo 2341 del Código Civil), a pesar de las limitantes establecidas por la ley en estudio, el daño emergente y el lucro cesante deben ser reparados por quien los haya causado, es decir por la empresa prestadora. Casi podría afirmarse que los criterios de la ley son cuando menos insuficientes y en esa medida inútiles.

Es que el régimen de responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos no puede ser laxo, máxime cuando, como ya lo dijo el Consejo de Estado, algunas de sus funciones son públicas, y por tanto tienen vocación para mermar considerablemente los derechos de los particulares. A manera de ejemplo, conviene recordar la facultad de expropiar bienes en los siguientes términos:

«Artículo 56. Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social para la Prestación de Servicios Públicos. Declárese de utilidad pública e interés social la ejecución de obras para prestar servicios públicos y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas. Con ambos propósitos podrán expropiarse bienes inmuebles.

«Artículo 57. Facultad de Imponer Servidumbres, Hacer Ocupaciones Temporales y Remover Obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

«Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quién debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar».

Se trata de una importante limitación al derecho de propiedad, motivo por el cual es indispensable que las empresas públi-

cas actúen en respeto de la legalidad que inspira el Estado de derecho.

La Superintendencia de Servicios Públicos, las empresas prestadoras y los municipios

Como ya se indicó anteriormente, la ley se refiere a la función que la Constitución le asigna a la Superintendencia, en los siguientes términos:

«Artículo 75. Funciones presidenciales de la Superintendencia de Servicios Públicos. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.

«Artículo 79. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquéllas que, en general, realicen actividades que las hagan sujeto de aplicación de la presente ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes:

«79.1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

«79.2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los 'comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios'; y sancionar sus violaciones.

«79.3. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

«79.4. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 83 de esta ley; liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.

«79.5. Dar concepto a las comisiones y ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.

«79.6. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.

«79.7. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus demás funciones.

«79.8. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

«79.9. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de esta ley, y las disposiciones concordantes.

«79.10. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones; publicar sus evaluaciones; y proporcionar en forma oportuna toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. El Superintendente podrá acordar con las empresas programas de gestión para que se ajusten a los indicadores que hayan definido las comisiones de regulación, e imponer sanciones por el incumplimiento.

«79.11. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a las que se refiere el numeral 2 del artículo 82, para resarcirlos por el tiempo, el esfuerzo y los gastos y costos en que hayan incurrido o por los perjuicios que se les hayan ocasionado. Las decisiones respectivas podrán ser consultadas a la comisión de regulación del servicio público de que se trate. Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado.

«79.12. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

«79.13. Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

«79.14. Organizar todos los servicios administrativos indispensables para el funcionamiento de la Superintendencia.

«79.15. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.

«79.16. Todas las demás que le asigne la ley.

«Salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario, el Superintendente no podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente no está obligado a visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o a pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

«La Superintendencia ejercerá igualmente las funciones de inspección y vigilancia que contiene esta ley, en todo lo relativo al servicio de larga distancia nacional e internacional.

«Salvo cuando se trate de las funciones a las que se refieren los numerales 80.3, 80.4 y 80.13, el Superintendente y sus delegados no producirán actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia».

El anterior artículo ha sido transcrito en su integridad, no obstante su extensión, para poner en evidencia que uno de los principales defectos de la ley de servicios públicos es que prevé como único sujeto de la inspección y la vigilancia al prestador del servicio, sea entidad territorial o sea particular, y se olvida de la responsabilidad del municipio o del distrito, surgida del contrato que éste celebra con la empresa prestadora. Muchas veces el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad territorial afecta gravemente la prestación del servicio; en estos casos la Superintendencia ha sostenido que no puede actuar, lo cual es un verdadero absurdo.

La ley en estudio lamentablemente no tuvo en cuenta esta situación, motivo por el cual a la Superintendencia sólo le compete vigilar a quien preste el servicio, bien sea municipio o bien sea empresa privada, de tal manera que frente a situaciones como ésta, donde por ejemplo el contratante no

pague al prestador los dineros obtenidos por concepto de tarifas, o la interventoría se comporte de tal manera que haga imposible la ejecución del contrato, los usuarios se van a ver gravemente perjudicados, sin que el organismo que tiene a su cargo la vigilancia y la inspección del servicio pueda hacer nada. Al respecto, se impone en este sentido una reforma para que en situaciones como las descritas pueda la Superintendencia actuar respecto de todos los sujetos contractuales y garantizar así la prestación del servicio.

Las comisiones de regulación

La Constitución colombiana, en su artículo 365, determina que en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos. Y luego en el artículo 370 determina la autoridad a quien corresponden dichas competencias, así: «Corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten».

Por su parte, el artículo 189 numeral 11, siempre de la Constitución, radica en cabeza del presidente de la República la potestad reglamentaria de las leyes. Se trata de una competencia que no tiene origen en la ley, sino precisamente en el texto constitucional, y por tanto mal podría ser modificada por una norma de menor jerarquía.

Cuando la Constitución ha querido que autoridad distinta al presidente de la República ejerza la potestad reglamentaria, así lo ha establecido, incluso sin que para el efecto medie ley, como en el caso del Banco

de la República o del Consejo Superior de la Judicatura. O en desarrollo de la ley, como sucede respecto de las Universidades, como consecuencia de la autonomía que de estos entes se predica. Las comisiones reguladoras no responden a ninguno de los casos expresamente contemplados en la Constitución. Son por tanto instituciones de origen anglosajón, pero que riñen con la lógica que inspira nuestro régimen jurídico. Su constitucionalidad admite serias dudas, así como los actos normativos que ellas expiden. No puede el presidente de la República delegar una función que le corresponde de manera específica por mandato constitucional. Tampoco puede el legislador despojar al presidente de dicha atribución.

Veamos qué dice la norma de la ley de servicios públicos que se está comentando:

«Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución política y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

«Las normas de esta ley que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones».

Las comisiones, que se crearon como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo Ministerio, son las de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; la de Energía y Gas Combustible, adscrita al

Ministerio de Minas y Energía, y la de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

A las comisiones, que están integradas por el ministro o por quien éste delegue, así como por comisionados que no hacen parte de la carrera administrativa, podrá asistir el superintendente con voz, pero sin voto.

Sus funciones son las siguientes:

«Artículo 73. Funciones y Facultades Generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible, y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

«73.1. Preparar proyectos de Ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los Decretos reglamentarios que se necesiten.

«73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a. Competir deslealmente con las de servicios públicos.
- b. Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos.
- c. Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

«73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

«73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las Empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

«73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de Servicios Públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al Ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.

«73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.

«73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en los que se refiere a materias de su competencia.

«73.8. Resolver a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponde decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

«73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, es-

pecialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

«73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.

«73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 89; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

«73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

«73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

«73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la co-

bertura y abaratar los costos para los usuarios.

«73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta ley.

«73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

«73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

«73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta ley.

«73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta ley.

«73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

«73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

«73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes pú-

blicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.

«73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 88.3 de esta ley.

«73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.

«73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.

«73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

«Salvo cuando esta ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 82 de la presente ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información».

Luego de examinar la amplia gama de competencias de las comisiones de regu-

lación cabe hacer dos consideraciones finales: la primera, que los actos normativos que estos entes expiden conciernen casi siempre y de manera directa al derecho de propiedad, al derecho a la libre empresa, al derecho de acceso a los servicios públicos, motivo por el cual no deja de sorprender que materia de tanta relevancia para el Estado de derecho, incluso que eventualmente sólo podría ser objeto de limitación legal, le corresponda a una agencia estatal de dudosa raigambre constitucional; la segunda, el amplio espectro de materias confiadas a las comisiones de regulación prácticamente excluyen cualquier posibilidad de intervención normativa en la materia, por parte del municipio, del distrito o del departamento, de tal manera que las comisiones de regulación constituyen adicionalmente otra pieza del engranaje centralista que caracteriza a nuestro país.

La importante y penetrante función atribuida a las comisiones de regulación, junto con la imposibilidad de la Superintendencia de exigirle a los municipios el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, constituyendo factores importantes tendientes a hacer cada vez menos relevante el papel de los municipios en materia de servicios públicos.

Los usuarios del servicio. Sus derechos

Los procesos de privatización que se están adelantando en Colombia en el área de los servicios públicos deben ir aparejados de un importante sistema de control, donde obviamente tienen que tener una participación importante los usuarios del servicio. Es así como en la ley 142 de 1994 existe un capítulo dedicado al así llamado "control social de los servicios públicos".

La organización de este tipo de control está prevista en el artículo 62, en los siguientes términos:

«En desarrollo del artículo 369 de la Constitución Política de Colombia, en todos los municipios deberán existir Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, sin que por el ejercicio de sus funciones se causen honorarios.

«La iniciativa para la conformación de los Comités corresponde a los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales. El número de miembros de los comités será el que resulte de dividir la población del respectivo municipio o distrito por 10.000, pero no podrá ser inferior a cincuenta (50). Para el Distrito Capital el número de miembros será de doscientos (200).

«Para ser miembro de un "Comité de Desarrollo y Control Social", se requiere ser usuario, suscriptor o suscriptor potencial del respectivo servicio público domiciliario, lo cual se acreditará ante la Asamblea y el respectivo Comité, con el último recibo de cobro o, en el caso de los suscriptores potenciales, con la solicitud debidamente radicada en la respectiva empresa.

«La participación de un usuario, suscriptor o de un suscriptor potencial en todas las Asambleas y deliberaciones de un "Comité de Desarrollo y Control Social" será personal e indelegable.

«Los Comités se darán su propio reglamento y se reunirán en el día, lugar y hora que acuerden sus miembros según registro firmado por todos los asistentes que deben quedar en el Acta de la reunión.

«Una vez constituido un Comité, es deber de las autoridades municipales y de las Empresas de Servicios Públicos ante quien soliciten inscripción reconocerlos como tales. Para lo cual se verificará, entre otras cosas que un mismo usuario, suscriptor o

suscriptor potencial no pertenezca a más de un Comité de un mismo servicio público domiciliario.

«Cada uno de los Comités elegirá, entre sus miembros y por decisión mayoritaria, a un "Vocal de Control", quien actuará como su representante ante las personas prestadoras de los servicios públicos de que trata la presente Ley, ante las entidades territoriales y ante las autoridades nacionales en lo que tiene que ver con dichos servicios públicos. Este "vocal" podrá ser removido en cualquier momento por el Comité, en decisión mayoritaria de sus miembros.

«Las elecciones del Vocal de Control podrán impugnarse ante el Personero del Municipio donde se realice la Asamblea de elección y las decisiones de éste serán apelables ante la Superintendencia de Servicios Públicos.

«En las elecciones a que se refiere el presente artículo, será causal de mala conducta para cualquier servidor público y, en general, para cualquier funcionario de una persona prestadora de uno o varios de los servicios públicos a que se refiere la presente Ley, entorpecer o dilatar la elección, coartar la libertad de los electores o intervenir de cualquier manera en favor o en contra de los candidatos.

«Corresponderá al Alcalde de cada municipio o distrito velar por la conformación de los Comités».

Si bien es cierto que se trata de comités de carácter espontáneo, en el sentido de que se conforman por iniciativa de los mismos usuarios del servicio, en virtud de la función que están llamados a cumplir las autoridades deben preservarlos de cualquier injerencia tendiente a afectar su independencia; de la misma manera sus decisiones son objeto de control administrativo ante la Superintendencia de Servicios Públicos. Así las cosas, podemos afirmar, como ya

lo dijo el Consejo de Estado respecto de los actos de las empresas prestadoras, que se trata de organismos mixtos, en el sentido que sus actuaciones se rigen en unos casos por el derecho privado y en otros por el derecho administrativo. Nuevamente nos encontramos ante una fractura de la frontera entre lo público y lo privado, lo que dificulta cada vez más identificar el objeto del derecho administrativo.

Para comprender mejor la importancia de estos comités conviene relacionar sus funciones:

«Artículo 63. Funciones. Con el fin de asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios ejercerán las siguientes funciones especiales:

«63.1. Proponer a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios los planes y programas que consideren necesarios para resolver las diferencias en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

«63.2. Procurar que la comunidad aporte los recursos necesarios para la expansión o el mejoramiento de los servicios públicos domiciliarios, en concertación con las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y los municipios.

«63.3. Solicitar la modificación o reforma de las decisiones que se adopten en materia de estratificación.

«63.4. Estudiar y analizar el monto de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto.

«63.5. Solicitar al Personero la imposición de multas hasta de diez salarios mínimos mensuales, a las empresas que presten

servicios públicos domiciliarios en su territorio por las infracciones a esta Ley, o a las normas especiales a las que deben estar sujetas, cuando de ellas se deriven perjuicios para los usuarios».

Toda vez que en Colombia no sólo está ausente una adecuada cultura política, sino también cívica y ciudadana, para que este mecanismo de control social cumpla de manera efectiva con su función resulta indispensable que las autoridades ejerzan una función propedéutica, en términos de concertación, capacitación y asesoramiento. Los departamentos deben promocionar y coordinar el sistema de participación, así como servir de puente entre el municipio y la Superintendencia. Esta, por su parte, tendrá a su cargo el diseño y puesta en marcha de un sistema de vigilancia y control que apoye a los comités: además del apoyo técnico, debe capacitar a los vocales para que cumplan adecuadamente su función. Y lo más importante: es a la Superintendencia a la que corresponde sancionar a las empresas que no respondan oportunamente a la queja de los usuarios.

Precisamente, es en este ámbito donde encontramos un sistema en virtud del cual la relación empresa prestadora del servicio-usuario se sustrae de la aplicación exclusiva de un régimen de derecho privado para dar espacio a la vigencia del derecho contencioso administrativo. En efecto toda la lógica de peticiones y recursos se inspira en el régimen general previsto en el Código hoy vigente para tramitar este tipo de actuaciones ante las autoridades administrativas.

Por lo tanto, para proteger al usuario, se someten las empresas de servicio público al respeto de las técnicas de participación ciudadana, por un lado, y por el otro, a las garantías del Estado de derecho. En la realidad, las reclamaciones ante la empresa

respectiva o ante la Superintendencia con ocasión de la apelación presentan un cierto grado de eficacia. Los comités no han logrado, por el contrario, la madurez y penetración suficientes, y por tanto las demandas sociales en materias de servicios públicos se trasladan a la instancia jurisdiccional con algunas disfuncionalidades que conviene destacar.

En primer lugar, respecto de las acciones populares y colectivas—si bien es cierto están previstas a nivel constitucional y existen desarrollos legales tanto en el Estatuto del Consumidor como en el Código Civil y de Procedimiento Civil—, se hace necesario un mecanismo más ágil y efectivo de reglamentación. Este ya fue elaborado por el Congreso de la República, pero lamentablemente no ha sido objeto de sanción presidencial.

Por otro lado, la acción de cumplimiento, reglamentada en la ley 393 de julio 29 de 1997, excluye su vigencia respecto de los contratos⁷, pues ésta limita su radio de acción al cumplimiento de leyes y actos administrativos y su exigencia no puede comportar una contraprestación económica.

Todas estas falencias han hecho que la ciudadanía se vuelque sobre la acción de tutela, instrumento previsto para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Como generalmente de la no prestación del servicio, verbigracia de alcantarillado o recolección de residuos, etc., puede derivar una afección al medio ambiente que afecta la salud e incluso la vida del sujeto, desde los primeros pronunciamientos y por vía de la conexidad, la Corte Constitucional admitió la procedencia de la acción de tutela en supuestos de hecho como los descritos. De esta manera la acción de tutela empezó a ocupar el espacio que le correspondía a las acciones colectivas.

El autor Hugo Palacios Mejía, en un estudio denominado "Consecuencias económicas de la tutela en el sector de los servicios públicos domiciliarios"⁸, hace un interesante reporte de las repercusiones que ha tenido esta acción en el ámbito de los servicios públicos. Así, por afectar la salubridad pública, la Corte Constitucional en varias ocasiones ha ordenado a la administración local proceder a construir un acueducto o un alcantarillado, lo que indudablemente coloca al juez en posición de coadministrador y desdibuja la separación de poderes. Luego nuestro máximo Tribunal Constitucional, hubo de puntualizar que la tutela no es medio procedente para ordenar la construcción de una obra en término perentorio, cuando aún no existe siquiera la certeza de la disponibilidad presupuesta! (Sentencia T-185 de 1993). En todo caso a este respecto la Corte ha oscilado entre una y otra posición, e incluso ha adoptado una tesis intermedia en el sentido de que la tutela puede dar instrucciones para que se incluya en el plan la construcción del acueducto, posición también abiertamente criticada por Palacios Mejía en el texto que se viene comentando.

Sea como fuere, de un estudio realizado por el cnus resulta que «...la dimensión de la intervención judicial para proteger derechos por medio de decisiones que afectan el presupuesto de entidades que dependen de la administración o del sector privado, es relativamente pequeña»⁹. Sólo han prosperado el 5% de las tutelas interpuestas para proteger los derechos sociales, por lo cual, si bien es cierto que la situación a que hace referencia Palacio Mejía altera la razón de ser de la tutela, los fallos en ese sentido constituyen más situaciones aisladas que tendencias alarmantes.

Sin embargo, no está de más analizar cuál ha sido el sentido de la jurisprudencia de tutela en los distintos sectores. En cuanto

a la energía, se ha considerado procedente la acción de tutela si su no suministro afecta otro derecho fundamental como el de la vida o el de la educación. En relación a la telefonía, la Corte ha sido más restrictiva. En todo caso, la tutela se ha interpuesto con mayor frecuencia respecto de las deficiencias o ausencias absolutas en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y se han considerado procedentes, no sólo por la conexidad, sino porque los servicios públicos, que en un primer momento se consideraron derechos asistenciales¹⁰, pasaron a catalogarse como fundamentales. Los derechos constitucionales que pueden resultar afectados en estos casos son especialmente, además de la salud y la vida ya mencionados, la dignidad humana, la seguridad social, el trabajo, la igualdad, la libertad de asociación, el debido proceso y el derecho a la comunicación.

Independientemente del número de tutelas interpuestas para exigir la adecuada prestación de un servicio público, independientemente del número de tutelas que prosperen, independientemente de las críticas que a las decisiones jurisprudenciales en este sentido pueden hacerse, está claro que la acción de tutela está ocupando un papel muy importante para el usuario, toda vez que las demás instancias no funcionan adecuadamente. Se debe propender por un fortalecimiento del control en sede administrativa, y por una garantía efectiva de los derechos de los usuarios, lo que implica recuperar el mandato constitucional para que el municipio no se exonere de su responsabilidad con la simple contratación privada de la prestación del servicio.

El régimen tarifario y el Estado social

Como ya se dijo inicialmente, uno de los valores guía de nuestro orden constitu-

cional es el Estado social, de ahí que la privatización no puede convertirse en una vía para hacerlo nugatorio. Por el contrario, la privatización debe estar orientada a reducir los costos de funcionamiento de la administración, a eliminar los índices de corrupción de manera definitiva, a mejorar la calidad del servicio, a ampliar la cobertura y a reducir los costos del mismo, todo sin descuidar que una altísima proporción de la población colombiana no puede asumir el pago total y en veces ni siquiera parcial del servicio.

No olvidemos además que el artículo 366 constitucional ordena a la Nación y a las entidades territoriales asignar apropiaciones destinadas al gasto público social de manera prioritaria sobre cualesquiera otras.

Siempre para preservar, o mejor, para realizar el Estado social de derecho el artículo 368 permite —lamentablemente no obliga— a la Nación y a las entidades territoriales a asumir las tarifas de los servicios públicos de aquella parte de la población con el fin de satisfacer sus necesidades básicas. El medio previsto es el de los subsidios tarifarios. El sistema sólo opera a través de los respectivos presupuestos, que sólo pueden ser aprobados por el Congreso, la Asamblea o el Concejo. Por esta vía se elimina el sistema conocido como de "subsidios tarifarios cruzados" establecidos por las autoridades administrativas.

Este último sistema, consistente en cobrar un monto mayor a los estratos más altos de la comunidad y un monto menor a los sectores menos favorecidos, es decir a los estratos más bajos, con el fin de equilibrar la balanza, se ha venido ya desmontando en Colombia.

Palacios Mejía describe así el sistema: «El "subsidio tarifario cruzado" implica, para los usuarios que pagan los recargos tarifarios más altos exigidos por entidades

oficiales, un traslado obligatorio de su propiedad, para atender un fin meritorio, y sin compensación (en la medida en que los tarifarios excedan el costo del servicio). Tales recargos no se pagan por la libre elección del usuario, sino por imposición de las autoridades que regulan o manejan los monopolios públicos que, hasta ahora, han prestado los servicios domiciliarios. La parte excedente de esas tarifas, el recargo, es, entonces, o un impuesto o, en el mejor de los casos, una contribución parafiscal, que no puede cobrarse sino en virtud de la ley, acuerdo u ordenanza anterior»².

Encuentra pues, el autor citado, serios reparos constitucionales al sistema que hasta ahora se venía practicando, sistema que, además, frente a la privatización, resulta poco funcional, pues los recargos exigirían previa y precisa autorización legislativa y, además, deberían ingresar al presupuesto por tratarse de dineros públicos y no podrían aplicarse directamente a satisfacer la demanda del servicio de los estratos más bajos. De ahí la solución prevista en el artículo 99 de la ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

«Artículo 99. Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán ¹³ conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:

«99.1. Deben indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado.

«99.2. Se señalará la entidad prestadora que repartirá el subsidio.

«99.3. El reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éstos deben cancelar, conforme a lo dispuesto en esta ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso.

«99.4. El Presidente y los gobernadores podrán suspender a los alcaldes cuando sean negligentes en la aplicación de las normas

relativas al pago de los subsidios; o cuando las infrinjan de cualquier otra manera.

«99.5. Los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia. Los alcaldes y los concejales tomarán las medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal, y ejecutar, apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos y extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable y saneamiento básico, dando prioridad a esas apropiaciones, dentro de las posibilidades del municipio, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de éste. La infracción de este deber dará lugar a sanción disciplinaria.

«99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 30% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1.

«99.7. Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2; las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3.

«99.8. Cuando los Concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la trans-

ferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio.

«99.9. Los subsidios que otorguen la Nación y los departamentos se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica.

«Párrafo 1: La tarifa del servicio público de electricidad para los distritos de riego construidos o administrados por el Incora y que sean menores a 50 hectáreas, se considerarán incorporados al estrato 1 para efecto de los subsidios a que haya lugar».

Indudablemente, pesa sobre la Nación y las entidades territoriales una gran responsabilidad en términos de realización del Estado social de derecho a través de los subsidios para los sectores menos favorecidos de la población, y especialmente para los estratos 1 y 2, aunque la creación de subsidios no constituye obligación ni legal ni constitucional. No basta contratar la prestación de un servicio con la empresa privada; no obstante ello ocurra, conviene que el municipio, el distrito, el departamento o la Nación incorporen en sus presupuestos lo concerniente a los subsidios a los que se viene haciendo referencia, pues el Estado social es un valor fundamental de nuestra Constitución, y a la luz de ésta se debe interpretar todo el orden jurídico.

Bajo la misma perspectiva social, el artículo 367 constitucional impone que el régimen tarifario no sólo pueda tomar en

consideración los criterios de costo, sino además impone evaluar la solidaridad y la redistribución del ingreso.

El mandato constitucional se realiza entonces al tenor de lo preceptuado por el artículo 89 de la ley de servicios públicos:

«Artículo 89. Aplicación de los Criterios de Solidaridad y Redistribución de Ingresos. Las comisiones de Regulación exigirán gradualmente a todos quienes presten servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3. Los concejos municipales están en la obligación de crear fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las Empresas de Servicios Públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2, y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

«89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residen-

ciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos éstos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley.

«89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores, de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávit, por este concepto, en Empresas de Servicios Públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a fondos de solidaridad y redistribución de ingresos para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávit, estos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las Comisiones de Regulación respectiva. Los superávit, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las Comisiones de Regulación respectivas. Los superávit, por este concepto, en empresas privadas o mix-

tas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo.

«89.3. Los recaudos que se obtengan al distinguir, en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávit, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional, y probadas se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos, donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el Congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo.

«89.4. Quienes generan su propia energía, y la enajenen a terceros o asociados, y tengan una capacidad instalada superior a 25.000 kilovatios, recaudarán y aportarán, en nombre de los consumidores de esa energía equivalente, al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos del municipio o municipios en donde ésta sea enajenada, la suma que resulta de aplicar el factor pertinente del 20% a su generación descontando de ésta lo que vendan a empresas distribuidoras. Esta generación se evaluará al 80% de su capacidad instalada, y se valora con base en el costo promedio equivalente según nivel de tensión que se aplique en el respectivo municipio; o, si no lo hay, en aquel municipio o distrito que lo tenga y cuya cabecera esté más próxima a la del municipio o distrito en el que se ena-

jene dicha energía. El generador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas Domiciliario.

«89.5. Quienes suministren o comercialicen gas combustible con terceros en forma independiente, recaudarán en nombre de los consumidores que abastecen y aportarán, al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), la suma que resulta de aplicar el factor pertinente del 20% al costo económico de suministro en puerta de ciudad, según reglamentación que haga la Comisión de Regulación de Energía y Gas Domiciliario. El suministrador o comercializador hará las declaraciones y pagos que corresponda, de acuerdo con los procedimientos que establezca la misma Comisión.

«89.6. Los recursos que aquí se asignan a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos son públicos. Por tanto, quienes hagan los recaudos estarán sujetos a las normas sobre declaración y sanciones que se aplican a los retenedores en el Decreto 624 de 1989 y en las normas concordantes o que lo sustituyan; pero deberán hacer devoluciones en el momento en que el usuario les demuestre que tiene derecho a ellas. La obligación de los retenedores que hagan el cobro del factor o factores se extinguirá y cobrará en la forma prevista para las obligaciones que regulan las normas aludidas, en lo que sean compatibles con esta Ley y con la naturaleza de los cobros respectivos; y las moras de quienes están sujetos a las obligaciones que regulan tales normas.

«89.7. Cuando comience a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos y asis-

tenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos el factor o factores de que trata este artículo. Lo anterior se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público. Sin excepción, siempre pagarán el valor del consumo facturado al costo del servicio.

(Modificado por el artículo 5°, inciso 2° de la Ley 286/96).

«89.8. En el evento de que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos.

«Parágrafo: Cuando los encargados de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, distintos de las empresas oficiales o mixtas del orden nacional o de empresas privadas desarrollen sus actividades en varios municipios de un mismo departamento, los superávits a los que se refiere el artículo 89.2 de esta Ley, ingresarán a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos del respectivo municipio. Cuando su prestación se desarrolle en municipios de diferentes departamentos, los excedentes ingresarán a los fondos del respectivo municipio».

Las normas precitadas, así como las concernientes al régimen de estratificación, ubican en cabeza de las autoridades locales importantes técnicas para realizar el Estado social de derecho, Estado que par-

te del reconocimiento de la desigualdad objetiva y de su obligación para promover las condiciones materiales de tal manera que la igualdad se transforme en un dato real (artículo 13 de la Constitución colombiana).

Precisamente sobre este punto, como ya se anunció aquí, se ha presentado en Colombia una divergencia entre los ministros actuales de Hacienda, por un lado, y Minas y Energía, por el otro. Se trata de una confrontación entre el Estado neoliberal y el Estado social de derecho. En concreto, el asunto consiste en la negativa del ministro de Hacienda a firmar un decreto orientado a crear el Fondo de Solidaridad Nacional que debe encargarse de manejar las contribuciones que pagan los usuarios de estratos altos, las industrias y el comercio, y los subsidios que deben llegar a los consumidores de bajos ingresos, es decir a aproximadamente cuatro millones de colombianos. De firmarse el decreto, el gobierno debería girar más de 300.000 millones de pesos para el denominado subsidio de subsistencia. Sin embargo, el ministro de Hacienda considera que esto ejercería una presión fiscal muy alta en las finanzas del Estado y que éste no está obligado a asumir esos costos".

BALANCES Y PERSPECTIVA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

Contexto institucional y socioeconómico

En primer lugar, es importante recordar que la privatización de los servicios públicos, así como la descentralización de las entidades territoriales, no constituyen un fenómeno aislado en el contexto latinoamericano. Colombia, al igual que otros países del continente, ha emprendido estos procesos, con base en las políticas

dictadas por los organismos de financiación internacional. Se trata de procesos que se inspiran en paradigmas neoliberales preocupados por la reducción del tamaño del Estado y del déficit público.

Al respecto, ya dijo el profesor e ilustre jurista Gordillo: «Esa situación es mundial, es el fin de una época sin que se sepa qué quedará luego vigente: el liberalismo, que había muerto por inviable, pareció renacer: ¿volvimos al siglo pasado, o se trata de los eternos *corsi e ricorsi* de la historia? Ya a comienzos de la década del 80 los organismos mundiales, en un cambio de orientación, anticipaban el nuevo papel del Estado en el proceso económico y social.

«En poco tiempo más la crisis económica se transforma en crisis política, con el fin del gobierno soviético y el triunfo del libre mercado, la crisis del modelo burocrático, la sensación del fracaso de la empresa y en general la propiedad pública, privatizaciones por doquier.

«Desregulación, desmonopolización, privatización, dejan de ser banderas políticas inglesas y norteamericanas, son políticas económicas mundiales del Oeste y del Este, de las naciones y organismos multinacionales de los cuales depende nuestro crédito externo; las ideologías son más potentes que los Estados»¹⁵.

Ahora bien, específicamente en Colombia, que no se sustrae de la tendencia mundial, los procesos de privatización se insertan en un marco de relaciones entre Estado central y entidades territoriales aún regido por criterios eminentemente centralistas, a pesar de que la Constitución proclame la autonomía de las entidades territoriales. Así las cosas, el Estado central interviene en la gestión de los asuntos locales, generalmente amparado, o bien en motivaciones concernientes a la alteración del orden público, o bien en la necesidad de contener

el déficit público, lo que ha redundado en que efectivamente el Estado central antes que reducir su tamaño continúe fortaleciéndose y ampliándose.

La eliminación de organismos y entidades del Estado central bajo el rótulo de la modernización, a la luz del artículo 20 transitorio de la nueva Constitución, fue un proceso de alcances limitados, máxime cuando paralelamente a la supresión de algunas entidades de administración central se crean nuevos órganos y ministerios como el del Medio Ambiente o el de Cultura.

Desde 1996, en virtud de la promulgación de la ley 344 de ese año, se ha creado una Comisión de Racionalización del Gasto con el fin de que evalúe cuáles entidades son eficientes para, de lo contrario, proceder a su eliminación.

A pesar de esos esfuerzos, con preocupantes repercusiones en términos de desocupación, la verdad es que no existe una relación inversamente proporcional entre proceso de descentralización y reducción del Estado central.

Por otro lado, las entidades territoriales no se han fortalecido institucionalmente tanto como era esperarse; aún el personal con que cuentan no está capacitado de manera adecuada y allí, como en el nivel central, ronda el fantasma de la corrupción. Adicionalmente, la ciudadanía funda su cultura política en parámetros prevalentemente clientelistas o de indiferencia, y por lo tanto la función de veeduría ciudadana, que puede incluso desembocar en la revocatoria del mandato a alcaldes y gobernadores, no se ejerce.

Pero seguramente el mayor obstáculo para que el proceso descentralizante dé sus frutos es la grave situación de orden público por la que atraviesa una gran proporción de municipios del país. Realmente, el crecimiento social, institucional y econó-

mico no encuentra espacio ante tan grave situación.

En este contexto, un tanto desconsolador, se impulsa el proceso de privatización de los servicios públicos a partir de las premisas sentadas en la Constitución colombiana de 1991.

Al respecto, un crítico del sistema como el ya citado Abdón Alejandro Poveda Gómez, en su libro *Servicios públicos domiciliarios*, afirma: «La ley, tal como va el proyecto [se refiere a lo que luego fue la ley 142 de 1994, por medio de la cual se regulan los servicios públicos domiciliarios en Colombia] se dirige en últimas a un rango de municipios muy selecto del país que no llega a más del 6 ó 7% del país, cuyos niveles de demanda del servicio hacen rentable la operación de los mismos. Tal es el caso de las grandes ciudades capitales y algunas de las denominadas ciudades intermedias. El resto del país, cerca de 800 municipios menores de 40.000 habitantes, en su mayoría de carácter rural o comunitario como se les ha dado en llamar, tendrían serios problemas para abocar la prestación de los servicios públicos bajo el régimen de privatizaciones propuesto».

Es decir, la primera preocupación que se plantea es la concerniente a si los parámetros capitalistas a la luz de los cuales resulta atractiva la prestación del servicio para los particulares, han de responder a las necesidades de cobertura del servicio en todo el país. En realidad, la lógica de subsidios tarifarios se ha concebido al interior de una misma entidad territorial; en efecto, los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos en una primera instancia se orientan a satisfacer las necesidades básicas de la población más desfavorecida de la misma entidad territorial, pero en todo caso se contempla, en un segundo momento, la transferencia de recursos a otras; prevé también la ley la obli-

gación del Estado central de apoyar a las entidades menos favorecidas.

La verdad es que la participación de los ingresos corrientes de la Nación a que tiene derecho el municipio se distribuyen teniendo en cuenta la proporción de la población con bajos recursos económicos y con necesidades básicas insatisfechas; por su parte, el situado fiscal también son recursos destinados a satisfacer la demanda de servicios públicos, de tal manera que lo que puede suceder en esas entidades territoriales es sencillamente que, ante el desinterés de los inversionistas particulares, sea el municipio directamente el que se vea obligado a prestar el servicio.

En realidad, la cobertura depende más de la disponibilidad de los recursos que de la privatización o no de los servicios públicos. En estos casos resultará de vital importancia que se haga con criterios de eficiencia, eficacia y transparencia. Si es el particular el que presta el servicio y ante la ausencia de otras empresas, es importante que el régimen de tarifas evite cualquier abuso propiciado por la falta de competencias. También resulta de vital importancia el control de la calidad del servicio, caso en el cual tanto la veeduría ciudadana como la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos deben jugar un papel central.

No está de más aclarar que una cosa es privatizar y otra distinta es desregular. En Colombia los servicios públicos se pretenden privatizados, pero no desregularizados. El hecho que un particular preste su servicio sin ninguna competencia por parte de otra empresa no comporta que pueda abusar del usuario, toda vez que el servicio está tanto regulado como controlado.

Lo que sí debe alarmar es la actitud del Estado central en el sentido de ir limitando progresivamente el alcance del concepto

de ingresos corrientes de la Nación, bien sea por medio de leyes, decretos o actuaciones administrativas, todos abiertamente ilegales e inconstitucionales, como ya se indicó, pues por este medio sí se verán menos favorecidos los municipios, sin los ingresos suficientes ni siquiera para asumir ellos directamente la prestación del servicio.

La privatización no comporta entonces un abandono de los municipios más pobres en términos de la prestación del servicio porque, sea como fuere, la responsabilidad pesa sobre la entidad territorial y más concretamente sobre el municipio.

El sistema adoptado en Colombia, como pudo verse, pretende garantizar a través de la lógica de la libre competencia la eficiencia y la eficacia del servicio, y es precisamente este objetivo el que justifica la intervención del Estado en este ámbito. Nos encontramos así ante un esquema que privatiza -vende la propiedad de las empresas o celebra contratos para la prestación del servicio por particulares-, pero al mismo tiempo conserva la inspección, la vigilancia y la regulación.

Específicamente en materia de Estado social, el acento no sólo se pone respecto de la calidad del servicio, sino además en la necesidad de incluir en los presupuestos de los niveles nacionales, departamentales, distritales y municipales, los subsidios destinados a los sectores menos favorecidos de nuestra sociedad. Los fondos de solidaridad y redistribución del ingreso también tienden a la realización del Estado social pero, independientemente de la privatización del servicio, el Estado no se exime de su responsabilidad frente a los estratos socioeconómicamente más bajos.

Desde este punto de vista, la lógica interna del sistema parece presentar coherencia con los dictados del Estado social. Desde un punto de vista macroeconómico sí con-

viene, por el contrario, estar alerta respecto de las consecuencias en términos de desempleo, de los grandes procesos de privatización. Sabemos que ésta es la gran crítica que se le hace al proceso británico y en general es el gran desafío que tienen de frente los economistas de toda Europa, quienes consideran que los objetivos económicos básicos deben ser el pleno empleo, la equidad y seguridad social y la sostenibilidad ambiental. Así mismo, rechazan todos los intentos de abandonar la política social bajo la presión de los límites presupuestarios y los criterios de convergencia¹⁷.

Conviene entonces mirar las experiencias foráneas, por lo demás de sociedades mucho más ricas, para obtener de las privatizaciones más eficiencia, más eficacia, más cobertura, más calidad, menos corrupción, pero conteniendo sus dimensiones para evitar que los índices de desempleo que procesos de este tipo pueden generar den al traste con el Estado social. Las privatizaciones no sólo deben tener presente los derechos de los usuarios, sino de los trabajadores; se deben implementar políticas de reubicación, incluso en el sector privado, y de capacitación laboral para evitar recorrer los mismos caminos que otros países, pero seguramente con consecuencias mucho más graves, habida cuenta de nuestro precario nivel de desarrollo.

LA PRIVATIZACIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Frente al derecho administrativo, no cabe duda que el fenómeno de la privatización de los servicios públicos exige repensar el sistema, y por sobre todo la validez de las fronteras entre lo público y lo privado.

La verdad es que en el transcurso de su historia, el derecho administrativo se ha visto obligado a revisar varias veces sus pilares

teóricos para irse adaptando a las nuevas demandas y realidades de la administración; así ya no sorprende que los particulares puedan expedir actos administrativos, o que aquél ya no sea unilateral. En realidad el derecho administrativo es sumamente dinámico y en esta medida la privatización de los servicios públicos lo sitúa ante un nuevo desafío histórico. Sea como fuere, la posibilidad de las empresas públicas de proferir actos administrativos, la tipificación del contrato entre empresa prestadora de servicios y usuario como de derecho privado, la definición legal de la falla del servicio y determinación de los parámetros de indemnización, etc., de ninguna manera pueden implicar un desmejoramiento de la posición del usuario frente al prestador del servicio, por el solo hecho de que éste sea una entidad privada y no la administración.

Frente a esta perspectiva, tanto la administración, y concretamente los organismos de control, como las comisiones de regulación tienen un importante reto, lo mismo que las instancias jurisdiccionales. La privatización en un Estado social de derecho debe hacerse siempre en interés del usuario, y no corrió privilegio ilimitado la empresa prestadora que tiene el derecho le, uno al ejercicio de la libre empresa, al lucro, incluso a la exención tributaria-por mandato de la ley-, pero sin abusar del "cliente" y siempre de acuerdo a las reglas de la sana competencia.

Es por esto que parece loable la posición del Consejo de Estado al definir el contrato celebrado entre la empresa y el usuario como de carácter mixto; interesante también que los actos de las empresas sean susceptibles de los recursos de ley. Se lamenta, por el contrario, la concepción de la ley 142 de 1994 en el sentido de excluir de la categoría de sujetos controlables a los municipios si éstos no prestan el servicio.

Sorprende también que en esa ley se hubiesen sentado las bases para delegar, de manera abiertamente inconstitucional, la potestad reglamentaria del presidente de la República en las comisiones de regulación. Tampoco se compadecen con la filosofía de protección al usuario del servicio los parámetros restrictivos que en materia de indemnización por falla del servicio se fijan en la ley en estudio.

Sobre todos estos aspectos debe reflexionar la doctrina administrativa. En este sentido resulta un interesante aporte el trabajo del profesor Luciano Parejo, denominado "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos", donde se plantea: «La eficacia que, como principio jurídico de la actuación y, por tanto, de la organización y funcionamiento de la administración pública (de cada una de ellas y de su conjunto como sistema), consagra el artículo 103. 1 CE: A) Tiene un contenido propio, que no se confunde con y es más amplio que el de legalidad, no entra en contradicción con éste y lo presupone (pues sólo la Administración legal puede ser eficaz, y a que su actuación objetiva y conforme al Derecho puede, constitucionalmente, realizar eficazmente el interés general. B) Implica necesariamente un específico control, por el resultado, del poder público administrativo, es decir, de su actuación, que forma parte del complejo sistema de control del Estado que diseña la Constitución, por ello mismo, exige la fijación de: 1) los pertinentes criterios o medidas de valoración; 2) el o los procedimientos para la aplicación de éstos; 3) las correspondientes competencias para la formulación del juicio y la adopción de las medidas que procedan.

«La calidad total, surgida primero en el campo de la eficacia privada, es, como método, extrapolable al propio de la efica-

cia administrativa y para hacer operativo el control que ésta -como principio jurídico constitucional- presupone. Su flexibilidad y sus características, más formales que las de otros métodos de valoración de la eficacia, la hacen, además, especialmente idónea para erigirse en método general de evaluación de la eficacia administrativa, precisamente porque su misma aplicación comporta la elaboración de unos criterios, medidas o estándares y unos procedimientos de valoración específicos de las (distintas) actividades administrativas y las organizaciones que las desarrollan, así como la generalización u objetivación de unos y otros (al menos para grupos homogéneos o "comparables" de actividades y organizaciones) y su permanente actualización».

Estas interesantes conclusiones del gran iusadministrativista ponen de presente que resulta indispensable redefinir los contenidos del derecho administrativo sin abandonar su pilares garantistas, como son el principio de legalidad, pero incorporando en su cuerpo conceptual criterios propios de las administraciones privadas, para que sean controlables y exigibles.

Se trata de que el derecho administrativo y en general las distintas áreas del derecho concurren, con sus conceptos y procedimientos, en la realización de la eficiencia, la eficacia, la protección del usuario, la preservación de los derechos laborales, la lucha contra la corrupción y la preservación del patrimonio público, y que no cedan espacio para que el proceso de privatización arrolle a los menos favorecidos e incluso al Estado mismo por la actuación desmesurada e incontrolada del capital extranjero. La privatización, bien entendida y asimilada, pone nuevamente ante las autoridades la obligación y el reto de concentrarse en realizar y garantizar los grandes cometidos del Estado social. Despojarse de la prestación di-

recta no quiere decir desentenderse; el nuevo sistema impone que las autoridades asuman nuevamente su papel de director de orquesta para lograr que el conjunto, el sistema, funcione armónicamente de acuerdo a los grandes fines estatales.

SANDRA MORELLI

Directora
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia.

1. AEDÓN ALEJANDRO POVEDA GÓMEZ. *Los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Diké, 1995, pp. 44-46.

2. PABLO RODRÍGUEZ OCONTRILLO. *Ensayo sobre el Estado social de derecho y la interpretación de la Constitución*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, pp. 45-46.

3. T-540 de 1992.

4. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 66-67.

5. *Ibid*, pp. 67-68.

6. Respecto de la sentencia a la que se hace referencia se presentó un salvamento de voto del magistrado Daniel Suárez Hernández, en que se establece que no le parece conveniente hacer nugatoria la Ley 80 de 1993 en el sentido que la autoridad competente para conocer este tipo de contratos debía ser la jurisdicción contencioso administrativa. Alerta sobre el hecho de que cambiar de criterio genera incertidumbre jurídica y conlleva a la caducidad de muchas acciones que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa.

7. Recordemos que entre el usuario del servicio y la empresa prestadora se celebra un contrato de prestación de servicios supuestamente sinalagmático.

8. HUO PALACIOS MEJIA. "Consecuencias económicas de la tutela en el sector de los servicios públicos domiciliarios". En: *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 865-895.

9. CUUS. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Estudios Ocasionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 1996, p. 15.

10. Derecho asistencial en el sentido de que para hacerlo efectivo hay menester de acciones concretas por parte de la administración pública y exige erogación presupuesta!.

11. De ahí que, al interior del gobierno, el ministro de Hacienda se abstenga de firmar un decreto destinado a subsidiar a más de 4'000.000 de habitantes para el año de 1998 por considerarlo deficitario para las finanzas públicas.

12. Huo PALACIOS MEJÍA. "Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución". En: *Constitución económica colombiana*. Bogotá: Findeter, Biblioteca Milenio, 1996, p. 371.

13. Nótese que es una facultad, no una obligación.

14. *El Tiempo*, martes 18 de noviembre de 1997, pp. 1A, 1B y 38.

15. AGUSTÍN GORDIUO. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996, pp. 1-16.

16. Ver diferenciación de los conceptos en MARCOS JRMJIO TEXEIRA. *Privatização no estado contemporaneo*, Sao Paulo: Icone, 1996, p. 41.

17. "Declaración de los Economistas Europeos". *El Viejo Topo*. (septiembre 1997), pp. 37-42.

18. LUCIANO PAREJO AU'ONSO. "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos en España". *Revista Derecho del Estado*, N° 4 (abril 1998), pp. 45-78.

La autonomía municipal en el vigésimo aniversario de la Constitución española de 1978

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS INSTITUCIONES MUNICIPALES

Las instituciones municipales constituyen los centros nucleares de la organización política y administrativa de la práctica totalidad de los sistemas políticos democráticos. Pero en los últimos decenios, los estudios centrados en dichas instituciones son poco numerosos. Ello es especialmente cierto en el Estado español, donde la estructuración del Estado como Estado autonómico¹, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, ha relegado a un segundo plano el reconocimiento constitucional de la autonomía local.

El vigésimo aniversario de la promulgación de la Constitución española de 1978 constituye una excelente ocasión, en mi opinión, para replantearse las cuestiones relativas al papel de esas instituciones nucleares de la vida colectiva. Así como para reconsiderar la posición que al respecto han mantenido la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria y proponer una interpretación del texto constitucional más acorde con el verdadero alcance y significación de los preceptos que sancionan el derecho a la autonomía local.

Los artículos 137 y 140 de la Constitución española de 1978 establecen que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, que su gobierno y administración corresponde a los ayuntamientos y que sus miembros serán elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto. El artículo 142 CE precisa que las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 (en adelante LBRL) concreta las previsiones constitucionales y establece los principios comunes a las instancias locales en la totalidad del Estado.

Los artículos 1.1 y 11.1 de la LBRL definen a los municipios como entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos y recuerdan que el municipio tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Los artículos 4.1 y 7.2 de la LBRL establecen que, en la esfera de sus competen-