

en otros aspectos, entre los que se cuentan, la forma o por mejor decir el estilo que imponen a su actividad. Una administración neutral, receptiva, que busca más la adhesión que la sujeción; la negociación frente a la imposición; la colaboración y la participación de los ciudadanos, en todos los niveles, más que la elaboración aislada y fría del poder solitario y omnipresente; se trata de regular, disponer, vigilar y tutelar los intereses generales en un sector especializado, con rigor, con independencia, en un clima de globalización y colaboración con los administrados.”

Más adelante afirma el profesor Chillón.

“Por lo demás, las nuevas administraciones surgen en el mundo de hoy en ámbitos tan variados como el de los servicios públicos de carácter económico y prestacional continuo (las *Public utilities* de la terminología anglosajona), o los servicios y actividades que inciden directamente sobre determinados derechos fundamentales de los ciudadanos (las autoridades administrativas independientes, en la terminología francesa), bajo una denominación común: independencia, neutralidad, especialización funcional, dentro de un esquema sugestivo de socialización del Estado.”

#### 4.5.3. La Superintendencia de Servicios Públicos.

Es el organismo que por delegación del presidente y en desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, se ocupa del control, la inspección y la vigilancia en el sector de los servicios públicos, y es a quien con mayor claridad le están asignadas las funciones sancionatorias en el sector de los servicios<sup>24</sup>. El régimen jurídico básico de reglamen-

---

24. En relación con las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establece el artículo 81 de la Ley 142:

“ARTÍCULO 81.- Sanciones. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

81.1.- Amonestación.

81.2.- Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplica



tación de la naturaleza y funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentra contenido en los artículos 370 de la Constitución Política y 75 a 83 de la Ley 142.

El Decreto 548 del 31 de marzo de 1995, además de referirse a la naturaleza jurídica de la entidad determinada en la Constitución y la ley, compila las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y define su estructura orgánica, todo dentro de los límites previstos en la Ley 142. Las funciones básicas de la Superintendencia de Servicios Públicos, podrían agruparse en dos grandes grupos, así:

Funciones en protección de los usuarios. Dentro de los numerosos organismos de regulación control que actúan sobre las ESPD, es a la

---

rán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el Artículo 90 de la Constitución.

81.3.- Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4.- Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5.- Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.6.- Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

81.7.- Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva.

Superintendencia de Servicios Públicos a quien con mayor claridad le corresponde en ejercicio de potestades sancionatorias actuar en defensa de los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, para el cumplimiento de este objetivo esencial, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 79 de la Ley 142, en relación con las funciones especiales de la Superintendencia de Servicios Públicos, lo siguiente:

**“ARTÍCULO 79.- Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.** Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas 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.”

B. Funciones referidas al control al desarrollo empresarial. En los términos del artículo 370 de la Carta, “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.*” (resaltado fuera del texto). Esta función aparece reglamentada en el numeral 10 del artículo 79 de la Ley 142, según el cual, dentro de las funciones de la Superintendencia de Servicio Públicos se encuentra la de:

“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.”

En relación con las entidades oficiales y con aquellas en las cuales el Estado tiene aportes, las funciones asignadas por la Constitución y la Ley a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pueden resultar coincidentes, con las que la propia Carta y la Ley 42 otorgan a las Contralorías General de la República y territoriales, pues estas últimas normas asignan la competencia para ejercer el control de la gestión fiscal de la administración a las Contralorías<sup>25</sup>, función ratificada por la H. Corte Constitucional en sentencia C-375 de 1995, en la cual ratificó que el ejercicio del control fiscal es una función constitucional que le fue atribuida a la Contraloría y no a otros organismos.

25. En efecto establece el artículo 267 de la Constitución Política:

ARTÍCULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

En concepto publicado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en relación con las funciones de la Superintendencia y las de las Contralorías se afirma que<sup>26</sup>: “Este despacho considera en consecuencia, que las facultades de inspección, control y vigilancia asignadas a la Superintendencia, por una parte, y las que la Ley y la Constitución atribuyen a la Contraloría concurren hacia el cumplimiento de un solo objeto cual es el referente a los fines del Estado sin que por ello exista dualidad de funciones, ya que una cosa es el control fiscal a que están sujetas las entidades que manejen dineros estatales el cual es ejercido por la Contraloría General de la República por disposición legal y constitucional y otra bien distinta es el control, inspección y vigilancia que se ejerza derivado del desarrollo de una actividad que implique la prestación de un Servicio Público Domiciliario, caso en el cual el control será ejercido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tomando en cuenta el mismo mandato Constitucional y la LSPD.” Más adelante continúa diciendo el concepto; “tenemos entonces, que aunque naturalmente si bien es cierto que se trata de dos sistemas de

---

Sólo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la Ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.”

[ Los últimos cinco incisos se incorporaron a este artículo, ya que fueron omitidos en la publicación de la Gaceta Constitucional N 114, según Secretaría General. Gaceta Constitucional N. 116 pg. 35]

26. Tomado de: Actualidad Jurídica. En servicios Públicos. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Santafé de Bogotá. Tomo II. Marzo de 1997, página 152

control diferentes, también lo es que uno de ellos está enfocado al Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y, el otro a la esfera fiscal y de vigilancia presupuestal, no siendo opuestos ya que los mismos van dirigidos al cumplimiento de los fines constitucionales del Estado sino que por el contrario, se trata de controles armónicos y complementarios, cada uno de ellos dentro de su ámbito de competencias correspondientes”.

La opinión plasmada, tendría pleno sentido, si las competencias de las Contralorías, fueran dirigidas exclusivamente al ejercicio de un control numérico legal a la gestión presupuestal, pero a la luz de la Constitución del 91, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, lo que sin duda va mucho más lejos<sup>27</sup>. Habrá necesidad de establecer niveles claros de coordinación entre la Superintendencia y las Contralorías para definir los límites de acción de cada uno de estos organismos, pues siendo ambas competencias Constitucionales, lo lógico es dar una interpretación concordada y no excluyente a las citadas disposiciones. Es importante advertir que además de las Superintendencia y la Contraloría, concurren con funciones muy simila-

---

27. En relación con ejercicio del Control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-374 de 1995, con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, expresó lo siguiente:

**“2. El control fiscal como una función pública de vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares en el manejo de los bienes del Estado.**

“En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (arts. 267, 268 y 272 C.P.).

“El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

“a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

res a las anteriores, la oficina y el sistema de Control interno, la revisoría fiscal, para las entidades que adoptan forma societaria, la auditoria externa que ordena la misma Ley 142.

---

"b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

"Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

"c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico.

"d) Consecuente con la concepción participativa del Estado Social de Derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración.

"En la Constitución el ejercicio de la función pública de control obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control están dotadas de autonomía e independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.

"La Constitución diseñó la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía administrativa y presupuestal, encargada de la función pública del control fiscal, cuyo ejercicio comporta la responsabilidad de «vigilar la gestión fiscal» de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, con arreglo a las atribuciones especiales que le han sido señaladas (C.P. arts. 267, incs. 1o y 4o y 268).

"En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquella y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (inciso 2o. art. 267, ibídem)."

#### 4.5.4. Los operadores de Servicios Públicos Domiciliarios.

Son las personas o entidades encargadas de la producción y distribución del Bien objeto del Servicio Público, con la eliminación del Monopolio público en la prestación de los servicios, hoy se reconocen siete diferentes modalidades de operadores que pueden prestar los servicios con autorización constitucional o legal.

La Constitución Política, en el artículo 365, establece en materia de prestación de los servicios públicos, que ellos pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta, por los particulares y por las comunidades organizadas, el artículo 15 de la Ley, al determinar los operadores de los servicios, se refirió básicamente a formas empresariales para la prestación de los servicios y no hicieron referencia a la prestación de los servicios por formas no empresariales de gestión, como es el caso de cooperativas, formas asociativas sin ánimo de lucro, juntas de acción comunal, entre otras. Así las cosas pueden prestar servicios públicos en Colombia las Entidades Prestadoras de Servicios, ellas son:

4.5.4.1. Las Empresas de Servicios Públicos, que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 142, son sociedades por acciones y que tal como lo establece el artículo 14 de la misma ley pueden ser Oficiales, Mixtas o Privadas, según sea el origen de su capital social.

Son empresas de servicios públicos oficiales, aquellas sociedades en las cuales la totalidad del capital social, o sea las acciones, pertenecen a socios públicos o estatales, se trata de una figura jurídica muy asimilada a una sociedad entre Entidades Públicas. Es importante advertir que esta forma de organización empresarial no se somete a las reglas generales de las formas de organización administrativa contenidas en la reforma de 1968. La idea de Empresas de Servicios Públicos "ESP", es nueva en el orden jurídico colombiano y no corresponde a las formas convencionales de Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, como tampoco corresponden a las estructuras organizacionales convencionales, las Autonomías Universitarias -regidas por la ley 30-, las Corporaciones Autónomas Regionales -regidas por la Ley 99- y Las Empresas Sociales del Estado -regidas por la Ley 100-, entre otras.

Son Empresas de Servicios Públicos Mixtas, aquellas sociedades en las cuales hay concurrencia de capital público y privado, pero el aporte

público debe ser equivalente al 50% o más del capital social, es importante advertir que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, constituyen una categoría jurídica nueva diferente de las sociedades de economía mixta convencionales que se regulan por normas expedidas en la reforma administrativa de 1968, en especial por las contenidas en los decretos 1050 y 3130 de 1968.

Son Empresas de Servicios Públicos Privadas, aquellas en las cuales sus socios son particulares o existiendo capital público, el aporte estatal es menor al 50% del capital social. También son Empresas de Servicios Públicos privadas aquellas que se crean con aportes provenientes de entidades surgidas de convenios internacionales, que deseen someterse para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

4.5.4.2. Las personas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. Se habla en estos casos básicamente de los denominados operadores marginales, que de conformidad con el artículo 16 de la Ley no es necesario que se establezcan como empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, pero quedan bajo la regulación de las Comisiones y bajo la inspección, el control y la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

4.5.4.3. Los municipios a través del sector central de la administración, como operador de último recurso. Uno de los problemas más complejos que deben enfrentar muchos de los municipios del país es el que hace referencia a la aplicación de la LSPD, pues según sus mandatos, se transformará en forma sustancial la gestión de los servicios y dado que en Colombia, el concepto municipio no obedece a realidades asimilables, -pues mientras son municipios grandes conglomerados urbanos, también lo son muy pequeñas concentraciones rurales-, la ley pretende dar un tratamiento unificado a situaciones que de hecho son muy diferentes y por lo tanto no será lo mismo poner en vigencia la nueva ley en municipios de mayor grado de desarrollo relativo, donde existen Empresas constituidas para la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios, como en municipios en los cuales el desarrollo institucional es mínimo y por lo tanto, no se dispone de infraestructura suficiente, ni de un mercado de usuarios que permitan su prestación por operadores empresariales, es el caso del servicio prestado por el municipio a través de las secretarías o por las

comunidades organizadas en formas cooperativas, asociativas o a través de las acciones comunales.

Dentro del desarrollo y aplicación del nuevo esquema de prestación de los SPD, las obligaciones operativas de mayor importancia le corresponden adoptarlas a los municipios, ya que la ley ha establecido un esquema en el cual, si el Municipio falla, el esquema se desvertebra en forma tal, que la ley no es aplicable o carece de sentido hacerlo. Son obligaciones de los municipios, las siguientes:

Expedir, de conformidad con la Ley, reglamentos municipales, a través de los concejos, referidos al régimen de la prestación del servicio en el correspondiente municipio. Es claro que este tipo de reglamentos que tienen claro fundamento constitucional, los expiden los concejos dentro de sus competencias y a través de ellos no podría modificarse mandatos de orden legal, también es claro que esta competencia reglamentaria es exclusiva y excluyente y por lo tanto ni el Gobierno Nacional, ni los organismos de regulación y vigilancia y control podrían invadir las órbitas propias de la regulación local<sup>28</sup>.

---

28 En relación al carácter legal del régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y las competencias de las entidades territoriales de los municipios, en sentencia C-263 de 1996, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, la H. Corte Constitucional, expresó:

*"La competencia para la «regulación» de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente. Se hace necesario precisar, que la competencia de la ley en lo que guarda relación con el marco normativo general que regula las actividades constitutivas de servicios públicos, que vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de estos, no excluye la capacidad de regulación de índole administrativa que corresponde a las asambleas y a los concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y distritos, con sujeción a la ley y a la Constitución".*

Asegurar que los servicios públicos se presten a sus habitantes de manera eficiente por empresas de servicios públicos o excepcionalmente por el propio municipio. Al municipio en realidad no se asigna la obligación de prestar los servicios, sino de garantizar su prestación a través de uno de los operadores legalmente establecidos.

En desarrollo de la democracia de participación asegurar la intervención directa de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio. Este mandato que esta contenido en el artículo 5.2. de la ley 142, no es otra cosa que el desarrollo de lo establecido en el artículo 106 de la Constitución Política, en el cual se establece: "Previo el cumplimiento de los requisitos que la ley señale y en los casos que ésta determine, los habitantes de las entidades territoriales podrán presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la correspondiente corporación pública, la cual esta obligada a tramitarlos; decidir sobre las disposiciones de interés de la comunidad a iniciativa de la autoridad o corporación correspondiente o por lo menos del 10% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral; *y elegir representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva.*" (resaltado fuera del texto) Es importante advertir como la Constitución ha distinguido el tipo de operadores y mucho menos ha reducido la participación de los usuarios a las empresas de carácter oficial y por lo tanto como se impone que la interpretación que se haga de la Ley 142, en esta materia, lo sea en concordancia con los mandatos de la Carta.

En el mismo sentido antes anotado el artículo 369 de la Constitución Política, con relación a los servicios públicos a que se ha referido estableció: "La ley determinará los deberes y derechos 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. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten Servicios Públicos Domiciliarios", los artículos 62 a 66 de la Ley 142, que reglamentan "el control social de los Servicios Públicos Domiciliarios" disposiciones que a su vez tiene mayor reglamentación en decreto 1429 de 1995, se ocupan en detalle sobre esta materia.

Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con el dis-



puesto en la Ley 60 de 1993, y la ley 142. Esta obligación de los municipios se constituye en obligación básica, pues sin su cumplimiento la ley, no puede aplicarse en asuntos fundamentales. Siendo la ley 142, un mandato que permite la existencia de múltiples operadores que actúan en condiciones de igualdad y con la aplicación de fórmulas tarifarias basadas en Costos, la tarifa es instrumento soporte del desarrollo sectorial, pero si sectores amplios de la población no tienen capacidad de pago suficiente, el esquema no se podrá desarrollar.

Bajo el esquema tarifario propuesto de tarifas suficientes, es decir que recuperen la inversión, permitan la expansión y generen renta adicional, es necesario que además se reconozca que la tarifa debe ser eficiente y solidaria. Las decisiones en materia tarifaria siempre deben tomar en cuenta sus tres principios rectores, pues tomar decisiones solo sobre la base de la tarifa suficiente, puede denotar la existencia de comportamientos jurídica y socialmente irregulares.

La eficiencia tarifaria se revela en la fórmula según la cual a la tarifa no podrán asociarse los costos ineficientes en que incurran los prestadores de los servicios, más aún en los casos en los que los servicios por su condición no puedan prestarse en competencia, este mercado imperfecto debe ser intervenido por las Comisiones de regulación, logrando que los operadores se comporten en materia tarifaria como lo hubieran hecho en un escenario competido y por lo tanto se reduzcan los gastos ineficientes que posibiliten la reducción de costos que afecten la tarifa de servicios.

La solidaridad en materia tarifaria en los Servicios Públicos Domiciliarios, es de fundamento constitucional y legal; Establecen el inciso primero del artículo 367 y el 368 de la Constitución Política los siguientes:

“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, **y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de criterios de costos, los de solidaridad y distribución de ingresos**” (resaltado fuera del texto)

“... ”

“Artículo 368. La nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas **podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores**

***ingresos puedan pagar las tarifas de los Servicios Públicos Domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.***" (resaltado fuera del texto)

A su vez, en el artículo 2° de la Ley 142, que determina los fines de la intervención del Estado en los Servicios Públicos Domiciliarios, en el numeral 2.9 se dice como uno de los fines de la intervención: "2.9 Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad."

La constitución de los fondos de solidaridad y distribución de ingresos, -a que hace referencia el artículo 89 de la Ley-, se constituyen en una necesidad básica a fin de desarrollar el sector y permitir que a través de sistemas de subsidios focalizados y directos, es decir a la demanda y no a la oferta de servicios, todos los sectores puedan acceder a los servicios.

Estratificar los inmuebles residenciales de acuerdo con las metodologías trazadas por el Gobierno Nacional. Esta función que la ley otorga a los municipios y cuyos principios generales están contenidos en los artículos 101 a 104 de la ley, es un instrumento básico para el engranaje del sistema, pues sin la existencia de la estratificación se afecta notoriamente la aplicación de los subsidios y las fuentes de financiación de los fondos de solidaridad.

Establecer el municipio una nomenclatura alfanumérica precisa que permita individualizar cada predio al que haya de darse los servicios públicos.

Apoyar con inversiones y otros instrumentos legales a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la nación.

Los municipios deben establecer reglas de planeación y amoblamiento urbano a los que deben someterse los operadores de servicios y además pueden solicitar que los operadores otorguen a su favor garantías suficientes que permitan cubrir los riesgos que se generen en la actividad de los operadores, en este sentido establece el artículo 26 de la Ley 142, lo siguiente:

"Artículo 26. Permisos Municipales. En cada municipio, quienes presten servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

“Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de Empresas de Servicios Públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que éstas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

“Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las Empresas de Servicios Públicos las licencias o permisos para cuya expedición fuere competente o conforme a la Ley, por razones que hayan sido consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.

Como podrá observarse, las competencias municipales fundamentalmente están dirigidas a generar escenarios adecuados donde dentro de los límites de la Constitución, la Ley y la regulación, el control y la vigilancia estatal, puedan libremente desarrollar su actividad, las empresas operadoras del servicio. Las tareas municipales van dirigidas de un lado a garantizar a los usuarios de los servicios que su prestación se realizará en forma eficiente y del otro a garantizarle a los operadores que podrán desarrollar sus tareas en condiciones adecuadas, para ello, la identificación de todos y cada uno de los inmuebles donde se lleva el servicio, la estratificación económica y el establecimiento del fondo de solidaridad para la distribución de subsidios se constituyen en las tareas básicas que debe ocupar la atención de las autoridades municipales.

El municipio, excepcionalmente, puede operar los Servicios Públicos Domiciliarios, en gestión directa, pero ello será sólo en el caso extremo en el cual los operadores públicos y privados no estén interesados en la prestación del servicio. El artículo 6 de la Ley 142<sup>29</sup> prevé el

---

29. En sentencia C-284 de 1997, la H. Corte Constitucional declaró exequible el contenido del artículo 6 de la Ley 142, en dicha providencia la Corte, con ponencia del H. magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonel, expresó:

\*No se afecta en principio la autonomía de las entidades territoriales, porque el legislador establezca de modo general el régimen jurídico de dichos servicios, pues esa fue la voluntad del Constituyente: es decir, que corresponde a éste señalar, en los térmi-

procedimiento que debe seguirse en los municipios antes de adoptar la decisión de prestar el servicio en gestión directa y a través de la rama ejecutiva del sector central. Asimismo el artículo 3 de la Ley 286 de 1996, establece un plazo de 18 meses, que se cumplen en el mes de enero de 1998, para que se creen las empresas de servicios públicos correspondientes en las entidades territoriales que venían prestando los servicios en el momento de entrar en vigencia la Ley 142.

De conformidad con lo establecido en la Ley 142 y en especial en su artículo 6°, en el caso de que los municipios presten los Servicios Públicos Domiciliarios, deben someterse a las reglas generales de la ley, en síntesis podríamos reducir a las siguientes:

El municipio, en estos casos puede actuar a través de la rama ejecutiva del poder público, sector central, sin que se cree una persona jurídica nueva diferente, los actos y contratos que realice estarán en cabeza de la persona jurídica municipal.

El régimen general de la actividad de producción y distribución del servicio es el contenido en la Ley 142, esto se desprende de lo expresado en el inciso final del artículo 3° de la ley que establece: "Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o la Ley, a todo lo que esta ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquellas y ésta."

En el mismo sentido el artículo 6°, en el inciso segundo del numeral 6.4. dispone que en caso de que el municipio preste el servicio que-

---

nos de las normas antes reseñadas, el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia, eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquellos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos".

dará sujeto, en los que no sea incompatible con la Constitución o la Ley misma, a todo lo que la Ley 142 dispone para las empresas y sus administradores.

La contabilidad por la prestación del servicio debe ser separada y por lo tanto no puede darse el tratamiento de fondos comunes o englobarse en la contabilidad general del municipio, si el municipio presta varios servicios, deberá llevar contabilidad separada para cada uno de ellos.

Los municipios se someten al régimen general en materia tarifaria, practicas restrictivas de la competencia, contratos de servicios en condiciones uniformes, ...

Los municipios no pueden aprovechar su condición de tales para establecer monopolios o para evitar la competencia.

Diferente a la operación empresarial de servicios domiciliarios, regida por la Ley 142, una interpretación integral de la Ley 142 con la Constitución, nos permite concluir que en aquellos escenarios municipales donde la prestación del servicio no pueda hacerse en forma empresarial, esta prestación puede realizarse a través de las comunidades organizadas.

4.5.4.4. Las organizaciones autorizadas conforme a la ley 142 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. Existe hoy, la discusión teórica sobre si, en este caso se hace referencia a las empresas reguladas en el artículo 20 de la Ley, o si adicionalmente, una interpretación concordada del artículo 15.4 con el parágrafo del artículo 18 de la Ley 142, posibilitaría entender que se habilita la comunidad organizada por esta vía.

En nuestra opinión, el artículo 15.4 de la Ley 142, hace referencia a los operadores empresariales de servicio como son los previstos en el artículo 20 de la misma Ley, y a pesar de ser aparentemente útil incluir aquí las comunidades organizadas, en realidad la Ley 142 no se ocupa de ellas y su título habilitante se deriva de la propia Constitución y no de la Ley, pues en el caso de entender que estas entidades asociativas de la comunidad están incluidas en el artículo 15.4, se deberá además concluir que ellas quedan sometidas a las reglamentaciones técnicas que expidan los ministerios, a la celebración de contratos de condiciones uniformes -en los términos del artículo 128 y siguientes de

la ley-, al régimen tarifario establecido en la ley, a la regulación de las Comisiones, al control y vigilancia de la Superintendencia y en consecuencia a las contribuciones y aporte para estas entidades. ....

En relación con operadores sin ánimo de lucro y formas de organización de la comunidad, la comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico, en la circular 01, del 19 de julio de 1996, dijo:

“La Constitución Política y la Ley 142 de 1994, dejaron claramente establecida la posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por comunidades organizadas. (Artículos 365 de la Constitución Política y 15.4. de la Ley 142).

Más adelante, continúa la circular diciendo: “Pueden prestar Servicios Públicos Domiciliarios de agua potable y saneamiento básico tanto las organizaciones comunitarias (como Juntas de Acción Comunal, Juntas Administradoras y Asociaciones de Usuarios) como las organizaciones de carácter asociativo (precooperativas, cooperativas y administración pública cooperativa)”.

Creo, que si bien estas entidades pueden prestar servicios públicos en Colombia, lo deben hacer con carácter no empresarial, que su título habilitante emana de la Constitución, más que de la ley, y que es de la mayor importancia que la legislación regule expresamente la actividad de este tipo de operadores, pues como se ha advertido puede resultar contradictorio a la naturaleza misma de estas entidades someterlas en un todo a la aplicación de la Ley 142. Se requiere entonces construir un razonamiento jurídico que parte de la interpretación integral, sistemática y útil de la Constitución y la Ley 142, según el cual las comunidades organizadas están habilitadas para prestar Servicios Públicos Domiciliarios, pero la Ley 142, sólo les sería aplicable en lo que no sea contrario a su propia naturaleza.

4.5.4.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante el periodo de transición previsto en esta Ley. El fundamento jurídico en el cual se apoyan estos operadores son las disposiciones contenidas en los artículos 15.5, 180 y 182 de la Ley 142.

Básicamente estas disposiciones se refieren a los municipios y a las entidades descentralizadas de todos los órdenes territoriales y nacional, que en el momento de entrar en vigencia la Ley 142, venían prestando los servicios públicos y que originalmente tenían un plazo de

dos años para transformarse<sup>30</sup>, el que fue ampliado 18 meses más por la Ley 286 de 1996 y que vence por lo tanto en el mes de enero de 1998. En aplicación del régimen legal vigente antes de la expedición de la Ley 142, básicamente las entidades prestadoras de servicios domiciliarios eran los municipios en gestión directa, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y entidades descentralizadas de segundo grado, como son las sociedades entre entidades públicas.

4.5.4.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que en el momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17<sup>31</sup>.

La ley 142, manda que las entidades prestadoras de servicios públicos y organizadas de conformidad con el régimen preexistente, se transformen en Empresas de Servicios Públicos, las cuales de conformidad con los artículos 17 y 19 de la misma ley son sociedades por acciones, pero prevé la misma ley que en el caso en que los propietarios de la empresa no deseen transformarla en sociedades por acciones deberán adoptar la forma de Empresas Industriales y comerciales del Estado.

---

30. Plazo que inicialmente se venció el 11 de 1996

31. En relación con la posibilidad de la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios por parte de Empresas Industriales y Comerciales del Estado la H. Corte Constitucional en sentencia C-486 de 1996 con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, expresó:

Según el inciso 1o. del art. 17, las empresas de servicios públicos tienen la naturaleza jurídica de sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas, combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

El actor dirige su demanda contra el inciso 1o. del párrafo 1o. del mencionado artículo, que establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

A juicio del demandante el referido segmento normativo viola los arts. 333 y 336 de la Constitución, que regulan lo relativo al desempeño de la actividad empresarial, «incluida la explotación comercial por parte del Estado, a través de sus empresas», por establecer una excepción que permite sustraer a la empresa industrial y comercial del

El mandato contenido en estas disposiciones plantea varios problemas a los cuales es importante hacer referencia, así:

Quienes son los dueños a efecto de determinar la voluntad del propietario. En este caso es necesario determinar la naturaleza de la entidad de que se habla, pues si se trata de entidades descentralizadas

---

Estado, prestataria de Servicios Públicos Domiciliarios, del régimen jurídico especial diseñado por el legislador con fundamento en los arts. 365 a 370 de la Constitución, con lo cual «lo que pretende la misma Ley 142, viene a ser desconocido por sus propios preceptos».

Considera la Corte que los cargos de inconstitucionalidad formulados por el demandante carecen de fundamento, por las siguientes razones:

- El art. 333 de la Constitución declara que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, reconoce la libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades y que la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones. Igualmente dicha norma impone al Estado el deber de fortalecer las organizaciones solidarias y de estimular el desarrollo empresarial, y de intervenir por mandato de la ley para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional y de delimitar por vía legislativa el alcance de la libertad económica, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (art. 150-21).

Por su parte, el art. 336 regula, en esencia, todo lo relativo al establecimiento de los monopolios rentísticos, su organización, administración, control y explotación.

No observa la Corte que la norma acusada viole el precepto del art. 333. En efecto, la regulación de la prestación de los servicios públicos es materia que corresponde al legislador, según los arts. 150-23 y 365 a 370 de la Constitución. Por lo tanto, el ejercicio de una competencia específica, concretada en la expedición de la disposición impugnada, en nada se opone a lo que la normatividad superior establece en lo relativo a la libertad de empresa a la libre iniciativa privada y a la libre competencia económica, pues precisamente dicha ley regula las diferentes modalidades de empresas que pueden tener por objeto la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, al amparo del marco constitucional regulador de dichas libertades. Tampoco, el precepto acusado contraría la norma del art. 336, pues es indudable que la referida ley no se ocupa para nada del tema relativo a la regulación de los monopolios rentísticos.

Contrariamente a lo que asevera el demandante, el precepto demandado se adecua a lo previsto en los arts. 365 a 370 que facultaron al legislador, para establecer un régimen jurídico especial para la prestación de los servicios públicos y, específicamente, para los Servicios Públicos Domiciliarios, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado y deben prestarse en condiciones de calidad y eficiencia, directa o indirectamente por éste, por comunidades organizadas o por particulares.

directas o sea Establecimientos Públicos o Empresas Industriales y Comerciales, su dueño será la Nación o la Entidad Territorial según sea el orden a que pertenezca; si se trata de una Sociedad, bien sea Mixta o entre entidades públicas, sus dueños serán sus socios que se expresan en la asamblea general de los mismos. Por lo anterior no pueden tomar la decisión de dueños los representantes legales, ni las juntas directivas de estas entidades, corresponderá a los municipios, departamentos y Nación en cada caso y según la naturaleza de la entidad expresarse como dueños de la entidad prestadora de los servicios.

Qué pasa en el caso de que no se logre expedir en el acto de transformación o creación de una nueva empresa en los municipios donde las entidades públicas prestan los servicios. Tanto la Ley 142, como la 286, han establecido plazos dentro de los cuales las entidades prestadoras de los Servicios Públicos Domiciliarios deben adecuar su estructura jurídica a la nueva legislación, en el caso de no proceder a realizar esta transformación y vencido el plazo se podría sostener varias opciones jurídicas. En primer lugar que las entidades mantendrían su actual naturaleza, lo cual no afectaría sustancialmente a las empresas industriales y comerciales, pero sí a los

---

Es cierto que el legislador dentro de la libertad que tiene para configurar la norma jurídica optó por establecer que las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios fueran organizadas, en principio, como sociedades por acciones, pero ello no era obstáculo para que en ejercicio de dicha libertad pudiera igualmente determinar que algunas empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, como lo prevé el párrafo acusado, se constituyeran como empresas industriales y comerciales del Estado, por considerar que con este modo de gestión de la actividad estatal se cumplía el objetivo del Constituyente de asegurar la adecuada cobertura, la calidad y la eficiente prestación de dichos servicios. En tal virtud, esta opción del legislador encuentra sustento no sólo en los arts. 365, 366, 367 y 369 de la Constitución que no contienen ninguna limitación en lo relativo a la determinación de la naturaleza jurídica y a la organización de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, sino específicamente en las facultades que se le confieren a aquel para crear o autorizar la constitución de empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta y para expedir las normas que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (art. 150-7-23). Además, es obvio que si corresponde a la ley determinar el régimen jurídico a que está sometida la prestación de los servicios públicos, también es de su resorte determinar las formas o modalidades de organización empresarial a que deben sujetarse quienes tengan la responsabilidad de su prestación, cuando ésta no la asuma directamente el Estado.

Por las razones anotadas se declarará exequible el inciso 1o. del párrafo 1o. del art. 17.

establecimientos públicos, además por el hecho de no estar autorizados para la prestación de servicios podrían ser sancionadas o intervenidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la segunda tesis es sostener que estableciéndose un límite legal de transformación estas entidades estarían modificadas por ministerio de la Ley y el régimen que les sería aplicable es el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado hasta tanto sus propietarios no adopten otra decisión. Otra tesis será sostener que se trata de un operador de hecho que estaría sometido a la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos que podría forzar a los propietarios a tomar una decisión que lo sitúe dentro de los mandatos de la Ley.

En mi opinión, de todos modos la solución que podría darse a los casos planteados y similares deban partir de principios generales que orientan la ley y la prestación de los servicios domiciliarios, así:

- La solución no podría conducir a impedir a los usuarios recibir el bien objeto del servicio.
- La solución no podría separar al operador del servicio de la regulación de las Comisiones y del control y vigilancia de la superintendencia.
- La solución tampoco podría edificarse sobre una interferencia de la Ley en la autonomía de las Entidades Territoriales.
- Como la responsabilidad de la transformación es de los dueños y no de los administradores de las entidades, las responsabilidades de diferente orden que pueda deducirse, serán sobre los primeros y no los segundos.
- La operación de hecho de un servicio público, hará que el régimen de sus actos y contratos sean el ordinario de los operadores sometidos al régimen ordinario.
- Las autoridades encargadas de ejercer control y vigilancia sobre la empresa podrían intervenirla y sancionarla pero carecen de competencia para transformarla.

Le son aplicables las reglas de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a las empresas industriales y comerciales del Estado, que resulten de la aplicación del artículo 17. En este punto podrían también sostenerse dos posibilidades, la primera es que teniendo las empresas industriales y comerciales un régimen jurídico diferente del de las empresas de servicios públicos, su régimen sería diferente al de la Ley

142 y por lo tanto las normas que le serían aplicables son las contenidas en las normas ordinarias que rigen las empresas industriales y comerciales del Estado, contenidas entre otras disposiciones en los decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968.

Otra tesis, a mi juicio correcta, es la que sostiene que salvo las reglas constitucionales aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las derivadas de su propia naturaleza, a las empresas industriales y comerciales originadas de la adopción del artículo 17 de la Ley 142, le son aplicables las mismas reglas que regulan a las empresas de servicios públicos. Se apoya esta tesis en los mandatos contenidos en el mismo párrafo primero del artículo 17 inciso segundo y en el inciso final del artículo 3 de la misma ley, dice la primera de las citadas disposiciones: "Art. 17... Párrafo 1: ... "Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. ***En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. ...***" (resaltado fuera del texto).

#### 4.5.5. Los Comités de Desarrollo y control Social de las empresas de servicios Públicos<sup>32</sup>.

Uno de los protagonistas más importantes del sector, en desarrollo de la idea de democracia de participación son las organizaciones de los usuarios, suscriptores y potenciales suscriptores, como son los C.D.C.S. a través de los cuales los usuarios ejercen su competencia de participar en la gestión y fiscalización empresarial.

Tanto la Constitución como la ley, quieren que los usuarios de los servicios, no sólo participen del control, sino que además prevén que ellos participen de la gestión empresarial y para ello la ley les otorga la posibilidad de pertenecer a través de los vocales de los comités en las juntas directivas de las empresas prestadoras de servicios públicos.

En relación con este asunto es importante tomar en cuenta los siguientes aspectos:

---

32. En adelante CDCS.

1. Es la propia Constitución en desarrollo de la democracia participativa la que impone como fin esencial del Estado permitir la participación de todos en los asuntos de interés ciudadano, en efecto establece el artículo 2 de la Carta que «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, ...»

2. En relación con el control sobre la gestión pública, -y debe entenderse que este mandato no se circunscribe a la gestión estatal-, consagra el artículo 270 de la Carta: «La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitirán vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

3. En relación concretamente de la participación de los ciudadanos y más especialmente de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas que prestan servicios públicos, es importante tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 106 y 369 de la Carta. El primero establece el derecho de los habitantes de un determinado territorio a «... elegir representantes en las juntas de las empresas que presten servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva» y el segundo es del siguiente tenor literal: «La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten Servicios Públicos Domiciliarios».

4. La ley 142 desarrolla sólo parcialmente los mandatos constitucionales a que se hace referencia y en efecto establece:

El derecho de usuarios, suscriptores y potenciales suscriptores a pertenecer a Comités de Desarrollo y Control Social de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, que deben crearse en todos los municipios del país.

Los comités tienen funciones referidas a la planeación y la vinculación en proyectos que adelanten las empresas a los usuarios de los servicios.

Para el adecuado funcionamiento del sistema tarifario y de subsidios directos establecido en la ley, es necesario que en los municipios exista una estratificación socioeconómica técnica y que funcione un fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, sobre los cuales los comités deben realizar funciones permanentes de control para garantizar su adecuado funcionamiento.

El derecho de los usuarios, suscriptores y potenciales suscriptores a participar en la junta directiva de las empresas oficiales que prestan servicios públicos, con una tercera parte de los miembros, los cuales deben ser escogidos entre los vocales de control de los comités existentes.

Frente a la reflexión de si esta representación es solo en las empresas de servicios públicos de carácter oficial y del orden municipal o si esta representación debe otorgarse en todas las empresas prestadoras, creo que la determinación constitucional contenida en la parte final del artículo 106 de la Constitución Política, es suficientemente clara como para entender que se trata de todas y no solamente de algunas de las empresas.

#### **4.5.6. Los usuarios de los servicios públicos.**

La razón de ser de los servicios públicos son los usuarios -actuales y potenciales- y por ello se constituyen en el epicentro de la regulación de los servicios. En éste, como en ninguno de los asuntos regulados por la ley, se experimenta una profunda transformación, al reconocer que la relación usuario empresa ha dejado de ser una relación reglamentaria para convertirse en una relación contractual que se perfecciona a través de lo que la ley denomina contrato de servicios públicos.

Aunque como anotaremos más adelante, estamos convencidos de que el régimen de los usuarios de servicios públicos está intervenido en protección del usuario y se sigue sometiendo a un régimen excepcional del derecho común, que es lo que históricamente ha caracterizado el derecho administrativo, no desconocemos la intención y el mandato contractualista contenido en la Ley 142, que somete a reglas propias del derecho civil y comercial las relaciones usuario-empresa de servicios públicos.

#### **4.5.7. Organismos de Control.**

Tratándose de intervención en la economía, en la prestación de servicios calificados por la ley como esenciales, -artículo 4-, es muy plural

la existencia de organismos de control en el sector de los servicios, pues además de la Superintendencia de Servicios Públicos, cuyo origen se deriva del artículo 370 de la Constitución, las empresas de servicios públicos además tienen controles administrativos, interno, fiscal, control de auditoría externa, revisor fiscal,... lo que hace necesario que se establezca un balance en los controles que les permita a las empresas dentro de los cauces de la ley actuar con la libertad que se recomienda en escenarios de alta competencia.

Además de los anteriores la Ley 142, establecía a favor de las personerías una novedosa forma de control a favor de los usuarios y que cobijaba tanto a los operadores públicos como privados de los servicios, pero este mandato que estaba contenido en el artículo 82 de la Ley, en concordancia con el 63.5. fue declarado inexecutable por inconstitucionales por la H. Corte Constitucional mediante la sentencia C-599 de 1996, del día 6 de noviembre de 1996<sup>33</sup>.

- 
33. Expresa la H. Corte Constitucional en la sentencia C-599 de 1996, en relación con el control en las empresas de servicios públicos, lo siguiente: "5. A quién compete ejercer el control y vigilancia de las Empresas de Servicios Públicos?

"...

"En desarrollo de las atribuciones de control y vigilancia, la Superintendencia inspecciona el funcionamiento de las empresas de servicios públicos, evalúa la gestión financiera, técnica y administrativa, verifica que las obras, equipos y procedimientos que éstas utilicen cumplan con los requisitos técnicos; vela por la adecuada prestación del servicio, su calidad y eficiencia, vigila que dichas entidades cumplan las normas que las rigen, interviene para defender la participación y derechos de los usuarios, vigila y controla el cumplimiento de los contratos con los usuarios, etc., además de contar con facultades sancionatorias, para los casos en que se infrinja la Constitución y la ley.

"Ahora bien: si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan Servicios Públicos Domiciliarios, actividades que deben realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta, como ocurre en el caso de estudio."

## **5. EL RÉGIMEN DE OPERACIÓN Y GESTIÓN DE LOS SERVICIOS ES DE DERECHO CUMÚN PERO SU PRESTACIÓN A LOS USUARIOS ESTÁ REGIDA POR EL DERECHO PÚBLICO**

Unos de los aspectos de más difícil análisis son los relativos al régimen Jurídico de los servicios públicos, pues su operación por agentes privados, en condiciones de competencia frente a los operadores públicos, hacen necesario que el régimen se unifique en muy diversos ámbitos; así operadores públicos y privados deberán someterse a idéntico régimen jurídico, que en materia de producción del bien objeto del servicio no debe ser diferente al de Derecho Común, y en este caso nos referimos al régimen relativo a los actos, contratos y régimen laboral pero además existen otros ámbitos jurídicos en especial los relativos al régimen de controles públicos y protección a los usuarios donde deben imperar las reglas del Derecho público.<sup>34</sup>

34. En sentencia C-263 de 1996, con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional, expresó:

### **"2. El régimen constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos**

2.1. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

Si bien inicialmente se consideró que el único prestador de servicios públicos era el Estado, la Constitución haciendo eco a la evolución de la noción en la doctrina y la jurisprudencia hizo viable su gestión no sólo por el Estado, directa o indirectamente, sino por comunidades organizadas y aún por particulares (C.P. art. 365), según lo aconsejen las conveniencias sociales y las características técnicas y económicas del servicio.

Las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto que lo presta, determinan el régimen jurídico aplicable en cada caso, el cual nunca será puro, es decir, exclusivamente de derecho público o derecho privado, sino más bien un derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin descartar, dada la calidad de dicho sujeto, que se pueda dar una prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro.

La concepción social del Estado de Derecho ha determinado una penetración de la sociedad en su actividad, hasta el punto de que no sólo reconoce, fomenta y hace efectiva la participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que pueden afectarla y en la vigilancia de su gestión, sino que posibilita la intervención directa de sectores importantes y representativos de aquella en la prestación de determinados servicios o en la realización de actividades estatales, o en fin, de tareas o labores de utilidad o interés públicos que tienden a hacer realidad sus finalidades sociales".

### 5.1. El Derecho Público y el Derecho Estatal

La crisis de la ecuación Derecho Público = Derecho Estatal, es una realidad en la sociedad contemporánea colombiana, donde la evolución de lo público es cada vez más notoria y donde es necesario reconocer que no sólo el Estado se ha involucrado en actividades propias de los particulares, lo que se afirmó desde la reforma administrativa de 1968, sino, que hoy se va muchísimo más lejos cuando se acepta que los particulares pueden cumplir funciones públicas, prestar servicios públicos y administrar bienes del Estado y más aún, cuando se redimensiona el concepto de lo "público" de tal manera que se reconoce su presencia independiente de la presencia de recursos del Estado. Varias son las disposiciones que en los últimos años se han expedido con esta orientación, sólo por mencionar las más comunes, la contratación con particulares para el cumplimiento de funciones públicas, como ocurre con los controles fiscal e interno, el registro único de proponentes llevado por las cámaras de comercio, la administración de justicia por particulares, la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios por operadores particulares, ...

Nos hemos situado entonces en escenarios jurídicos esencialmente nuevos, donde en muchas oportunidades habrá de aplicarse a las entidades oficiales régimen de derecho común, pero al mismo tiempo habrá que aplicarles a los particulares regímenes que hasta ahora habíamos entendido se limitaban a la órbita del Estado<sup>35</sup>, pueden los particulares que prestan servicios públicos pactar cláusulas exorbitantes en los contratos, invocar a su favor amparo policivo en sus actividades, pero a su vez sus actos están sometidos a recursos y sobre sus empresas se ejercen controles extraños al derecho común. En relación con el régimen jurídico y el control especial que se aplica a los prestadores de Servicios Públicos Do-

---

35. En sentencia C-263 de 1196, con Ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional expresó:

*"Si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados."*

miciliarios, establece el artículo 33 de la Ley 142, lo siguiente: “ **Facultades especiales por la prestación de servicios públicos.** Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y la responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.”

### **5.2. Regímenes de la producción y de la prestación de los servicios**

Son dos las ideas centrales en este punto, en primer lugar, el régimen general de producción de los bienes objeto del servicio es el derecho común, civil o comercial, y en segundo lugar el régimen de las relaciones usuarios empresa, así como el régimen de los controles para todos los operadores es el propio del derecho público.

En relación con la primera de las aseveraciones los contenidos de los artículos 30, 31 y 32 de la ley 142, así como lo establecido en el artículo 8 de la ley 143, ratifican la voluntad legislativa de que en el giro ordinario de los asuntos empresariales se apliquen reglas de derecho privado y no público en las relaciones jurídicas, y lo que se busca es permitir a los operadores públicos concurrir en condiciones de igualdad a los escenarios competitivos, ya que se estima que los trámites y formalidades propios de la Ley 80, aplicable en las relaciones jurídicas de carácter contractual en las que las entidades estatales participan, se constituyen en obstáculo formal y material de la actividad competitiva.

### **5.3. Régimen contractual aplicable a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

Es pertinente en este punto hacer algunos comentarios en relación con el régimen contractual aplicable en el sector de los Servicios Públicos Domiciliarios, que como se verá corresponde a un complejo normativo de derecho privado y público, donde en algunos casos prevalecerán las reglas de derecho privado, como es el caso de los contratos que para el giro ordinario de sus actividades productivas realicen las

empresas prestadoras de los servicios, pero en otros casos, serán notorias las reglas que excepcionan al derecho común como es el caso de los contratos de servicios públicos de condiciones uniformes. En relación con este asunto tenemos entonces:

Las entidades prestadoras de servicios públicos celebran una amplísima gama de contratos, unos referidos a la explotación de recursos naturales que requieren para poder producir el bien objeto del servicio, como es el caso de los contratos de concesión, -a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 142-, otros referidos a la adquisición de bienes y servicios que posibilitan la producción del bien objeto del servicio -y es a esos fundamentalmente a los que se refiere el artículo 31 de la Ley 142-, en tercer lugar, contratos que hacen referencia a la entrega a terceros de bienes pertenecientes al Estado y que un tercero puede explotar para realizar actividades propias del servicio -a estos se refiere el artículo 39.3-, existen además contratos que se celebran entre operadores o entre operadores y grandes usuarios para interconexión de sus redes y existen además, entre otros, el denominado legalmente contrato de servicios públicos, a través del cual se regulan las relaciones jurídicas entre la entidad prestadora y los usuarios de los servicios.

El artículo 30 de la Ley 142, fija las reglas especiales en materia de hermenéutica que deben tomarse en cuenta en la interpretación de las normas que sobre contratos contiene la misma ley<sup>36</sup>, y repite la clara orientación teleológica de las disposiciones legales, que habrá de tener en cuenta el interprete. Establece la citada disposición: "**Principios de interpretación.** Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios". A su vez, el artículo 13 que hace parte del título preliminar establece que "Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que ésta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten." y el artículo 2, tam-

---

36. Sobre el asunto ver: Martínez P. María Adelaida. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Revista Jurídica. Empresas Varias de Medellín. Págs 89 - 100. 1997-

bién de la ley 142, determina los fines de la intervención del Estado en el sector de los Servicios Públicos Domiciliarios.

El artículo 31 de la Ley 142, que se constituye en instrumento fundamental de la ley, establece en materia del régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades estatales que presente servicios públicos, y en cuanto se refiere a contratos que tengan por objeto la prestación del servicio que ellos se someten a la regla prevista en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80<sup>37</sup>, de donde se deduce que esos contratos se someten a las reglas del derecho común. Del texto del artículo 31 de la Ley 142, cuyo tenor literal es: "**Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública.** Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

"Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa." Se desprenden los siguientes comentarios:

La norma hace referencia a los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos a que se refiere esta ley, por lo tanto no hace distinción entre si se trata de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios o si trata de otra de las modalidades organizativas de entidades públicas que prestan servicios públicos permitidas en el artí-

---

37. Establece el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80: "**PARÁGRAFO 1o.** Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."

culo 15 de la LSPD<sup>38</sup>, como serían los municipios como operadores de último recurso, los establecimientos públicos no transformados, durante los periodos de transición a que hacen referencia las leyes 142 y 286 y las propias Empresas Industriales y Comerciales del Estado que resulten en aquellos casos en los cuales los dueños de las entidades públicas se acojan a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley.

A demás de lo anterior, la norma contenida en el artículo 31, no se refiere exclusivamente a los Servicios Públicos Domiciliarios, sino, como es su tenor, a los servicios a que la misma ley se refiere y por lo tanto esta regla habrá de aplicarse a las entidades que prestan servicios complementarios de los domiciliarios en los términos del artículo 14 de la misma ley, y a entidades que prestan servicios especiales a los que hace referencia la Ley, como es el caso de la telefonía básica de larga distancia, que es regulada en la Ley.

La disposición analizada no se refiere a todos los contratos, sólo a los que tengan por objeto la prestación de los servicios, esta limitación, demanda determinar, cuál es su alcance, pues como ya se ha afirmado, este tipo de entidades celebra muy variada gama de contratos, en mi opinión, aunque, la restricción existe, debe interpretarse en sentido amplio y no restringido, y dentro de las orientaciones de hermenéutica fijadas en el artículo 30, pues, las actividades de las entidades prestadoras de servicios públicos, tratándose como se trata en este caso de entidades públicas, estarán determinadas por el objeto y la competencia de la entidad. En otras palabras las acciones que adelante una entidad pública prestadora de servicios públicos deberá ir siempre dirigida a la prestación del servicio,

38. En relación con el alcance de los mandatos que en materia contractual contiene el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-066 de 1997, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, expresó: "Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el constituyente para expedir el estatuto general de la contratación pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los Servicios Públicos Domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la Ley). Entonces la Ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los Servicios Públicos Domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador."

pues su capacidad, para realizar actos y contratos, en aplicación del principio de la función reglada de la administración y de las restricciones propias de las personas jurídicas, que no son libres para realizar toda clase de operaciones y por el contrario, están determinadas por el objeto jurídico que determinó su creación hacen que no sea común la celebración de contratos que no estén dirigidos a la prestación de los servicios.

La remisión que se hace al párrafo primero del artículo 32, ha de entenderse como elemento de integración normativa, que permite afirmar que, salvo lo establecido en la Ley 80 en relación con los contratos de fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren las entidades públicas encargadas de prestar los servicios a que hace referencia la ley 142, no están sujetos a las disposiciones de la Ley 80 y se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a estas actividades, salvo los casos en que la Ley 142, disponga la aplicación de la Ley 80.

Por mandato expreso contenido en el numeral 39.1. de la Ley 142, se aplica la Ley 80, a los contratos de concesión para la utilización del espectro electromagnético en la prestación de servicios de telecomunicaciones, -cuya regulación se encuentra contenida en el artículo 33 de la ley 80<sup>39</sup>, el cual fue reglamentado en el artículo 19 del Decreto 855 de 1994-, con limitaciones en cuanto a la reversión de que habla el artículo 19 del

---

39. Establece el artículo 33 de la Ley 80 de 1993: "**ARTÍCULO 33. DE LA CONCESION DE LOS SERVICIOS Y DE LAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES.** Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

Para efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el decreto-ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto-ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

Estatuto de la Contratación Estatal,<sup>40</sup> pues en estos casos esa reversión se limita a los bienes estatales. Claro está que la propiedad estatal en estos casos deberá tener presente lo establecido en el Decreto 1900 de 1990, en relación con la Red de Telecomunicaciones del Estado y el Espectro Electromagnético.<sup>41</sup>

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos por parte de las entidades estatales que prestan servicios públicos, es en términos generales el contenido en la Ley 80 de 1993, por mandato expreso del artículo 44.4 de la Ley 142, no obstante debe tomarse en cuenta que la referida norma utiliza la expresión, "en cuanto sean pertinentes" y además el artículo 37 de la Ley 142, establece como norma moralizadora la desestimación de la personalidad interpuesta cuando de aplicar normas sobre inhabilidades e incompatibilidades en la Ley se trata.

En materia de cláusulas exorbitantes se otorga a las comisiones de regulación competencia para hacerlas obligatorias en ciertos tipos de contratos que celebren las empresas de servicios públicos -estatales o privados- o de autorizarlas en aquellos casos en que expresamente sean consultadas, cuando la inclusión de cláusulas exorbitantes es forzosa, todo lo

---

Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

**PARÁGRAFO:** Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia."

40. En relación con la reversión, el artículo 19 de la Ley 80, establece: "**ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN.** En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna".
41. En relación con el Espectro Electromagnético, establece el artículo 18 del Decreto 1900 de 1990; "**Artículo 18o.** El espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes y el presente Decreto"

relativo a tales cláusulas se registrá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

La aplicación de reglas de derecho común en las relaciones contractuales, donde actúan entidades estatales prestadoras de servicios públicos en ningún caso puede entenderse que excepciona en su aplicación principios generales que se imponen en todas las actuaciones estatales, como es lo referente al cumplimiento de los fines del Estado y de la administración pública, contenida en los artículos 2 y 209<sup>42</sup> de la Carta, y los relativos al control que de diversas modalidades se ejerce sobre la función o sobre los funcionarios públicos, como son los controles políticos, disciplinarios y fiscales.

En materia de procedimientos para la selección de los contratistas, la regla general es la aplicación del derecho común y por lo tanto, la selección no está sometida a procedimientos especiales diferentes de aquellos que garantizan la igualdad, la economía y la transparencia, no obstante el artículo 35 de la LSPD, otorga a las comisiones de regulación competencia para establecer por vía general en qué casos se debe proceder a realizar

---

42. Establecen los artículos 2 y 209 de la Constitución Política Colombiana:

"ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

"ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

licitación o un procedimiento que permita la concurrencia de oferentes, reglamentación que en todo caso se realizará cuando la empresa de servicios públicos tenga posición dominante en el mercado y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros.

Además de los contratos ordinarios que celebran las entidades estatales y privadas, que prestan servicios públicos, los artículos 39 y 40<sup>43</sup> de la LSPD, reconocen modalidades de contratos que por su importancia en la gestión de los servicios requieren tratamiento especial, son ellos:

- Los contratos de concesión.
- Los contratos de administración profesional de acciones.
- Los referidos a la transferencia del uso o del goce de los bienes que se utilizan para la prestación del servicio.
- Los contratos que se refieren a formas especiales de adquirir de los usuarios obras necesarias para la prestación de los servicios.
- Los contratos de interconexión u otros proveedores de servicios públicos o con grandes usuarios.
- Contratos de extensión del servicio que en principio beneficia a una sola persona o usuario.
- Contratos sobre áreas de servicio exclusivo.

De conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 39, salvo los contratos de concesión todos aquellos a los que se refiere ese artículo, se rigen por el derecho privado. Estas normas, y especialmente las contenidas en el numeral 39.3 de la Ley 142, se constituyen en instrumentos especiales de los cuales pueden disponer las autoridades locales, al definir el futuro de la gestión de los servicios que prestan en forma directa, en aquellas localidades donde no es viable la prestación del servicio en gestión directa por los municipios y tampoco es posible la constitución de empresas de servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

---

43. Parcialmente modificado por la Ley 286, que derogó expresamente su párrafo segundo.

En relación con algunas de las modalidades que pueden aprovechar las entidades públicas para asociar la participación privada en la gestión de servicios públicos, se mencionan las siguientes:

La celebración de contratos de obra pública y de prestación de servicios. Mediante estos contratos la entidad pública encargada de la prestación del servicio entrega a una o varias entidades privadas la ejecución de alguna o algunas de las tareas específicas en áreas de planeación técnica, comercial o de operación y mantenimiento, mediante un contrato. Éste se rige para todos los efectos por las reglas del derecho común.

El contrato de gestión. Mediante este contrato la entidad pública contrata una privada para la administración, operación y mantenimiento y suministro a los usuarios del servicio público.

Contrato de arrendamiento. A través de esta modalidad de contrato una entidad pública o privada recibe, total o parcialmente, las redes y demás elementos necesarios para la prestación del servicio público de su propietario, que normalmente es el operador público de servicios. Corresponde al arrendador financiar nuevas obras y la financiación de la expansión de las redes y el arrendatario financia la operación y el mantenimiento de los sistemas y las tarifas por el servicio son de propiedad del arrendatario, quien debe pagar un canon a cargo de las tarifas.

El contrato de concesión para la utilización de bienes. En esta modalidad contractual el concesionario se encarga de la administración, operación, mantenimiento y administración de los sistemas que se utilizan para la prestación de los servicios. El concesionario administra y opera bajo su propio riesgo, de acuerdo con sus propios medios y asumiendo la totalidad de los costos para la prestación del servicio y además se hace cargo de las inversiones necesarias para el mejoramiento y expansión de las redes.

*Joint Venture*<sup>44</sup>. Se trata de un contrato de sociedad o asociación a riesgo compartido, sin que en razón del contrato se creen personas jurídicas nuevas, esta unión que es de carácter temporal, implica que el operador de los servicios lo siga haciendo a su propio nombre y que el

44. Los artículos 9 y 10 de la Ley 37 de 1993, establecen las reglas generales de esta modalidad contractual en el sector de las telecomunicaciones en Colombia.

socio o asociado incorpore unos recursos económicos y tecnología necesaria para mejorar el servicio o expandir las redes y el plan de negocios se define frente a programas concretos. Una vez vencido el plazo definido en el plan de negocios el operador original puede adquirir en su favor los bienes entregados por el asociado a riesgo.

*BOOT (Build Operate Own & Transfer)* Se trata de una modalidad de concesión en la cual corre por cuenta de un operador de servicios la construcción, operación y mantenimiento de un sistema para la prestación de servicios y luego de explotado temporalmente el sistema, todo revierte a favor de las entidades públicas competentes. Existen modalidades del *BOOT*, como son el *BOT* y el *BOOT Inverso*, en el *BOT*, el contratista no se hace dueño de la estructura y por lo tanto no debe pagar gravámenes a la propiedad de la misma. En el *BOOT Inverso*, la entidad pública construye y financia las obras y luego contrata a otra entidad para que realice la operación, mantenimiento y administración del sistema. El contratista paga anualmente una cuota que le permite hacerse gradualmente dueño de los sistemas.

Venta de la propiedad accionaria de las empresas. Mediante esta modalidad contractual, la entidad pública propietaria de la empresa enajena total o parcialmente su capital a otras personas de carácter privado, constituyendo una persona jurídica nueva, en calidad de Empresa Prestadora de Servicios Públicos, en este caso será necesario dar pleno cumplimiento a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, hoy reglamentado en la Ley 226 de 1995.

#### **5.4. El contrato de Servicios Públicos**

Se constituyen en una modalidad de contratación muy especial en la ley por cuanto, mediante este contrato, es que concreta la relación jurídica entre la entidad prestadora de los servicios y sus suscriptores o usuarios. Todo un título de la ley, el VIII "El contrato de servicios públicos", y que está contenido en los artículos 128 a 159, dedica la ley a la reglamentación de esta modalidad contractual en la cual sin duda, a nuestro juicio, queda clara su naturaleza de excepcional al derecho común, la cual podrá fácilmente deducirse de mandatos como los contenidos en el artículo 133, en el cual se tipifican 26 conductas que constituyen abuso de posición dominante y que por lo tanto no pueden ser objeto de cláusulas contractuales que se pacten a favor exclusivo de la empresa prestadora del

servicio, así mismo, los artículos 152 a 159, establecen un conjunto de reglas sobre protección o defensa del usuario en sede de la empresa, lo cual no es propio de relaciones contractuales de derecho común.

Se constituyen en las notas caracterizadoras de esta modalidad contractual las siguientes:

Se trata de un contrato intervenido por el Estado, el cual no puede celebrarse con plena libertad de estipulaciones de las partes, pues la ley ha previsto un conjunto de reglas que excepcionan la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes para pactar cláusulas contractuales, en tal sentido establece el inciso primero del artículo 132 de la LSPD, lo siguiente: **“Régimen legal del contrato de servicios públicos.** El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.”; pero además es necesario tener en cuenta que las disposiciones contenidas en el Decreto 1842 de 1991, en materia de protección a los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios deben entenderse incorporadas al contrato de servicios públicos.

Se trata de un contrato consensual y no solemne, esto es, este contrato se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes y no requiere que sus cláusulas sean puestas en un escrito que las partes suscriben, establece el inciso primero del artículo 129 de la LSPD que: “Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa”.

Se trata de contrato con sujeto cualificado, se requiere que una de las partes en el contrato sea una entidad prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, en este caso a pesar de que la Ley utiliza la expresión Empresa de Servicios Públicos, es necesario entender en los términos del inciso final del artículo 3 de la ley, que esta regla es aplicable a todos los prestadores a que hace referencia el artículo 15 de la Ley.

Se trata de un contrato oneroso y por lo tanto no gratuito, así, en su definición contenida en el artículo 128 de la LSPD, se dice claramen-

te que estos servicios se prestan a cambio de una prestación en dinero que debe ser pagada por el usuario que se beneficia del servicio. La ley 142, por diversos medios trata de evitar que en la celebración del contrato se pacte el precio -o la tarifa- en términos que se done el bien objeto del servicio o que de alguna manera se incurra en prácticas restrictivas de la competencia y todo el esquema tarifario de ley, busca obtener tarifas suficientes, eficientes y solidarias.

Es un contrato de adhesión, la entidad prestadora del servicio lo elabora y publica en los términos de la ley, y muy excepcionalmente es discutido por las partes. En relación con esta característica afirma la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>45</sup>. “Es criterio de este despacho, que el CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS por naturaleza es un contrato de ADHESIÓN; que las relaciones entre los usuarios y las empresas prestadoras del Servicio Público Domiciliario, se encuentran reguladas por medio de este contrato, marco regulatorio por excelencia de los derechos y obligaciones de las partes, y que fue establecido para evitar el abuso de la posición dominante por parte de las entidades prestarias de los Servicios Públicos Domiciliarios.

“... ”

“Ahora bien, en cuanto al caso que nos ocupa es conveniente citar el artículo 1624 del Código Civil, pues constituye el pilar fundamental a partir del cual las partes en un contrato por adhesión deben conducir cualquier labor interpretativa de las condiciones uniformes del acuerdo, sin perjuicio de que se aplique en lo posible las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1623 del Código Civil. En efecto, la norma citada del artículo 1624 establece:

*“(...) No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.*

*“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sean acreedoras o deudoras se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse por ella.”*

---

45 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Actualidad Jurídica en los Servicios Públicos Domiciliarios. Santafé de Bogotá. Tomo II, Marzo de 1997. Págs. 207-208.

Son partes del contrato por ministerio de la Ley, la entidad prestadora del servicio y los usuarios pero son responsables solidariamente con las obligaciones de los usuarios, el suscriptor y el propietario del inmueble. No obstante lo anterior prevé la ley que, previa reglamentación general realizada por las Comisiones de Regulación, en aquellos casos en los cuales existan actuaciones de policía o judiciales, el suscriptor podrá solicitar a la empresa su desvinculación del contrato y por lo tanto el fin de sus obligaciones solidarias.

No puede exigirse un título especial al habitante del inmueble para prestarle los Servicios Públicos Domiciliarios en tal sentido, el artículo 134 de la LSPD, establece: "**Del derecho a los Servicios Públicos Domiciliarios.** Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los Servicios Públicos Domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos."

### **5.5. Régimen laboral de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

En materia de régimen laboral aplicable en las Empresas Prestadoras de servicios públicos, tanto privadas como públicas, es fundamentalmente contractual, pues del tenor del artículo 41 de la ley se desprende que el régimen laboral aplicable en las Empresas de servicios públicos particulares y mixtas, es el propio del Código Sustantivo del Trabajo y en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tal como lo ha definido la Corte Constitucional los servidores como regla general serán trabajadores oficiales, que poseen una relación contractual y sólo excepcionalmente algunos servidores ostentan la condición de empleados públicos, dentro de la previsión general que para este tipo de empresas contiene el inciso segundo del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968<sup>46</sup>. Para las empresas de servicios públicos oficiales a pesar de que la ley no lo dice expresamente, el régimen de sus servidores es asimilable al de una empresa industrial y comercial del Estado, pues no existiendo regla de derecho aplicable, debe recurrirse al régimen de las sociedades entre entidades públicas consagrado en Decreto-Ley 130 de 1976.

46. En sentencia C-253 de 1996, con ponencia del H. Magistrado Hernando Herrera Vergara, en la cual se declaró parcialmente inexecutable el artículo 41 de la Ley 142, se expresó: